

INSTITUTO DE CIENCIA PROCESAL PENAL (INCIPP)
PROGRAMA DE FORMACIÓN A JÓVENES INVESTIGADORES



Instituto de **C**iencia **P**rocesal **P**enal

**LA REPARACIÓN INTEGRAL COMO MEJOR ALTERNATIVA DE
SATISFACCIÓN A LA VÍCTIMA: EXPERIENCIAS DE LA JUSTICIA
RESTAURADORA EN CASOS DE DELINCUENCIA JUVENIL Y VIOLACIONES A
LOS DERECHOS HUMANOS**

Trabajo de investigación que como parte del Programa de
Formación a Jóvenes Investigadores presenta:

IVONNE M. DUYSOVICH ROJAS

LIMA – PERÚ
Noviembre 2007

RESUMEN

El problema que se desarrolla en esta investigación es si la reparación civil, como manifestación de la justicia retributiva, satisface mejor los intereses de la víctima, interrogante a la que damos una respuesta negativa, y proponemos la hipótesis de que la reparación integral, como manifestación de la justicia restauradora, es la que satisface en mayor medida los intereses de la víctima. En el primer apartado de la investigación desarrollaremos el tema de la reforma del proceso penal, sus causas y sus principales características, pero principalmente dónde se ubica dentro del desarrollo de la Justicia Restaurativa y su manifestación en la Justicia negociada o negociadora. Incidiremos en la idea del cambio de nuestro sistema que aún posee rasgos retribucionistas e inquisitivos, hacia la resolución del conflicto penal bajo los principios de la Justicia Restauradora. Nuestro segundo apartado se refiere al rol que desempeña la víctima en el actual proceso penal y la necesidad de aplicar el cambio de perspectiva, que desarrollamos en el apartado primero, al tratamiento de la víctima dentro del proceso penal. En un tercer momento nos adentraremos en los conceptos que supone la reparación integral, como medida exitosa frente a la insatisfacción de la víctima derivada de la reparación únicamente patrimonial. El cuarto y quinto apartado se centran en las experiencias en dos temas claves en el desarrollo de la justicia restauradora y de la reparación, la justicia penal juvenil y la justicia en caso de violaciones a los derechos humanos. Concluiremos que frente a seguir con una idea retributiva del proceso penal respecto a la víctima, mediante sólo la indemnización pecuniaria de carácter civil, es necesario evolucionar hacia un sistema basado en la justicia restauradora y en la justicia negociada, que procura una reparación integral a la víctima y que a su vez satisface a la comunidad al contener reparaciones de diversa índole, dándole al imputado la oportunidad de resarcir el daño cometido y darse cuenta de las consecuencias de sus actos, prometiendo no volver a cometerlo.

SUMARIO

<u>INTRODUCCIÓN</u>	5
1.- LA REFORMA DEL PROCESO PENAL	7
1.1.- La reforma penal, características y causas	7
1.2.- Modelos procesales y espacios para la resolución negociada del conflicto.....	8
1.3.- La Justicia Retributiva vs. La justicia Restaurativa: Impacto sobre la resolución del conflicto y las reparaciones.....	9
2.- EL ROL DE LA VÍCTIMA EN EL PROCESO PENAL SEGÚN MODELO INQUISITIVO Y EL CAMBIO DE PERSPECTIVA: ALGUNOS RASGOS DE LA SUPERVIVENCIA DEL MODELO INQUISITIVO EN EL NUEVO CÓDIGO PROCESAL PENAL	12
2.1.- Rol de la víctima en el modelo inquisitivo y la reparación civil.....	12
2.2.- Rasgos inquisitivos en el rol de la víctima dentro del nuevo Código Procesal Penal.....	13
2.3.- Rol de la víctima: El Cambio de perspectiva.....	13
3.- MANIFESTACIONES DE LA JUSTICIA RESTAURADORA: LA REPARACIÓN INTEGRAL	15
3.1.- El concepto de reparación integral.....	15
3.1.1.- La restitución.....	17
3.1.2.- La indemnización.....	17
3.1.3.- La rehabilitación.....	17
3.1.4.- La satisfacción o compensación moral.....	17
3.1.5.- Las garantías de no repetición.....	18
3.2.- Las reparaciones en los acuerdos reparatorios, especial enfoque en la reparación resultado de la mediación penal.....	18
4.- APLICACIÓN DE LA JUSTICIA RESTAURADORA EN CASOS DE DELINCUENCIA JUVENIL	21

4.1.- Manifestaciones de Justicia retributiva en el Sistema Penal Juvenil.....	21
4.2.- Cambio de paradigma: la Justicia restauradora.....	22
4.2.1.- La reparación en la Mediación entre víctima y Delincuente.....	24
4.2.2.- Reuniones de Restauración.....	24
4.2.3.- Las reparaciones en los “círculos”	24
4.2.4.- Asistencia a la víctima: la inclusión como reparación.....	25
4.2.5.- La asistencia al Ex Delincuente y la garantía de no repetición.....	25
4.2.6.- Restitución o reparación.....	25
4.2.7.- Prestación de Servicios a la Comunidad	26
4.3.- Experiencia comparada.....	26
5.- APLICACIÓN DE LA JUSTICIA RESTAURADORA EN LAS REPARACIONES EN CASOS DE VIOLACIONES A LOS DERECHOS HUMANOS.....	27
5.1.- La obligación del Estado de penalizar las violaciones de derechos humanos como expresión del derecho a la víctima a conocer la verdad de los hechos.....	28
5.2.- El derecho a conocer la verdad de los hechos en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional del Perú.....	29
5.3.- Jurisprudencia de la Corte Interamericana respecto de otras formas de reparación.....	30
5.4.- Casos de judicialización de casos de violaciones de Derechos Humanos donde sólo se ha aplicado justicia retributiva.....	31
<u>CONCLUSIONES</u>	33
<u>BIBLIOGRAFÍA</u>	35

INTRODUCCIÓN

Para un entendimiento pleno del trabajo de investigación, deberemos definir nuestros términos de referencia. Comenzaremos por decir el significado de la palabra “reparación integral”, que hace referencia a una indemnización que comprende todos los daños causados, esto es, el daño emergente, el lucro cesante y, cuando sea viable, el restablecimiento del perjuicio moral. Una suma que no tenga en cuenta estos elementos no indemnizará el daño. Y que una indemnización sea equitativa, naturalmente significa que sea proporcionada con el daño sufrido, o lo que es lo mismo, que repare el perjuicio causado. Otro término usado en nuestra investigación es el de Justicia restauradora o restaurativa que es una forma más humana y participativa de tratar con el delito y no posee efectos inapropiados, ésta convoca a la víctima, el delincuente y a la comunidad en una búsqueda para las soluciones que promuevan la reparación, la reconciliación y el perdón. Finalmente el concepto de Justicia Retributiva, está relacionado con el castigo por una infracción a una ley y principalmente se enfoca en el tratamiento que se le debe dar al agresor o perpetrador. Este es un enfoque retroactivo, en el cual los procedimientos legales deben jugar un rol central y está basado sobre el supuesto que mecanismos tales como las cortes, las leyes criminales y los tribunales internacionales son esenciales para dismantelar la impunidad y para poner en marcha medidas para la no-repetición de violaciones de derechos en el futuro.

La importancia de establecer que la reparación integral, como manifestación de la justicia restauradora, es la que satisface en mayor medida los intereses de la víctima radica en que en la medida en que esta reparación integral exista, se completará y restablecerá la posición de la víctima en el proceso penal. Tanto el derecho penal como la criminología han tratado tangencialmente a la víctima, pero ni el primero ni la segunda fueron hechas para estudiarla, para ayudarla, “carecen ambos de interés real por el problema de la víctima”. La victimología no nace como un capricho, nace por una necesidad vital de supervivencia y de dignidad humana. Por tanto la contribución de esta investigación es precisamente el establecer, según la práctica en el marco de procesos por violaciones de derechos humanos y en base a las experiencias innovadoras en la justicia penal juvenil, cómo se resuelve el conflicto social que crea el delito mediante una reposición del lugar de la víctima y una humanización de las medidas que le

restituyan sus derechos conculcados y que garanticen —a ésta y a la comunidad en general— la no repetición de los hechos.

El objetivo central de esta investigación es determinar que la reparación integral es la mejor alternativa de satisfacción a la víctima, teniendo como base experiencias de la justicia restauradora en casos de delincuencia juvenil y violaciones a los derechos humanos.

En el primer apartado de la investigación desarrollaremos el tema de la reforma del proceso penal, sus causas y sus principales características, pero principalmente dónde se ubica dentro del desarrollo de la Justicia Restaurativa y su manifestación en la Justicia negociada o negociadora. Incidiremos en la idea del cambio de nuestro sistema que aún posee rasgos retribucionistas e inquisitivos, hacia la resolución del conflicto penal bajo los principios de la Justicia Restauradora. Nuestro segundo apartado se refiere al rol que desempeña la víctima en el actual proceso penal y la necesidad de aplicar el cambio de perspectiva, que desarrollamos en el apartado primero, al tratamiento de la víctima dentro del proceso penal. En un tercer momento nos adentraremos en los conceptos que supone la reparación integral, como medida exitosa frente a la insatisfacción de la víctima derivada de la reparación únicamente patrimonial. El cuarto y quinto apartado se centran en las experiencias en dos temas claves en el desarrollo de la justicia restauradora y de la reparación, la justicia penal juvenil y la justicia en caso de violaciones a los derechos humanos.

Finalmente la conclusión central a la que llega la investigación es que frente a seguir con una idea retributiva del proceso penal respecto a la víctima, mediante sólo la indemnización pecuniaria de carácter civil, es necesario evolucionar hacia un sistema basado en la justicia restauradora y en la justicia negociada, que procura una reparación integral a la víctima y que a su vez satisface a la comunidad al contener reparaciones de diversa índole, dándole al imputado la oportunidad de resarcir el daño cometido y darse cuenta de las consecuencias de sus actos, prometiendo no volver a cometerlo.

1.- LA REFORMA DEL PROCESO PENAL

1.1.- La reforma penal, características y causas

En la última década la lógica y los principios de nuestro proceso inquisitivo reformado o mixto, vigente desde 1940, plasmado en el Código de Procedimientos Penales, han sido penetrados lentamente por instituciones (y principios) del sistema acusatorio, que varían la lógica de la persecución del delito, de su investigación y de su juzgamiento. La moderación del sistema inquisitivo se ha consagrado por vía constitucional y por la recepción de la normativa internacional de derechos humanos en la legislación de segundo rango y la jurisprudencia. Pero también, otros aspectos del nuevo modelo se han ido expresando legislativamente como derecho penal de excepción, reservada a ciertos hechos punibles y expresiones delictivas, a través de figuras como el Principio de Oportunidad y la Terminación Anticipada del Proceso, que abren la puerta a instituciones de la denominada justicia penal negociada, bajo la ecuación mediación ofensor - víctima impensable en un esquema inquisitivo, influenciados también por el movimiento victimológico de *justicia restauradora* que pretende recuperar el control de la resolución del conflicto penal para los actores primigenios del mismo. La entrada en vigencia del nuevo Código Procesal Penal hasta el 2013 a nivel nacional concretizará el nuevo modelo y lógica del sistema penal acusatorio.

Este cambio de sistema procesal y paradigmas culturales responde a varios factores, a la realidad social expresada en la creciente violencia y las nuevas formas delictivas que los viejos esquemas no pueden hacer frente, sumado al descontento social por el retardo e incertidumbre en la administración de justicia, las que exigen del Estado respuestas creativas y efectivas.¹ Porque además, las respuestas tradicionales del aparato represor penal del Estado, a través de la pena, nunca han podido ir a la raíz del conflicto social desencadenado por la comisión del delito, ya que, la pena calma el clamor de venganza de la sociedad pero no resuelve ese conflicto social.² Y es que, las concepciones liberales de la pena, surgida desde la Ilustración, no pudieron atenuar el monopolio estatal del conflicto penal y el olvido a la víctima del delito. Y porque, el Estado tiende a dar respuestas efectivistas que rebajan las garantías de los ciudadanos recurriendo al derecho penal de excepción (del enemigo).³

¹ “Estudio de Victimización en las ciudades de Lima, Arequipa, Cusco, Huamanga, Iquitos y Trujillo” realizado en el año 2005 por Apoyo – Opinión y Mercado para el Consejo Nacional de Seguridad Ciudadana. Disponible en <<http://conasec.mininter.gob.pe/banerencuesta.htm>>.

² Zúñiga, Laura. *Política criminal*. Madrid: COLEX, 2001, p. 271. Defensoría del Pueblo. *Hacia un sistema de seguridad ciudadana. Lineamientos de trabajo*. Lima, 2006, pp. 17- 18.

³ JAKOBS, Günther. “Derecho penal del ciudadano y Derecho penal del enemigo”. En: JAKOBS, Günter y CANCIO MELIÁ, Manuel. *Derecho penal enemigo*. Madrid: Thomson – Civitas, 2003, pp. 73 y ss. SILVA SÁNCHEZ, Jesús María. *La expansión del Derecho penal. Aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales*. Madrid: Civitas, 2001, pp. 163 y ss. POLAINO-ORTS, Miguel. *Derecho penal enemigo. Desmitificación de un concepto*. Lima: GRIJLEY, 2006. YACOBUCCI, Guillermo, “Política criminal y delincuencia organizada”. En: ID (Coordinador). *El crimen organizado. Desafíos y perspectivas en el marco de la globalización*. Buenos Aires: Ábaco, 2005, pp. 25 y ss. PORTILLA CONTRERAS, Guillermo. “El Derecho penal y procesal del “enemigo”. Las viejas y nuevas políticas de seguridad frente a los peligros internos-externos”. En: LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, Jacobo y ZUGALDÍA ESPINAR, José Miguel (Coordinadores). *Dogmática y Ley penal. Libro homenaje a Enrique Bacigalupo*. Tomo I. Madrid-Barcelona: Instituto Universitario de Investigación Ortega y Gasset – Marcial Pons, 2004, pp. 693 y ss.

1.2.- Modelos procesales y espacios para la resolución negociada del conflicto

Ahora bien, esa tendencia efectivista del Estado siempre ha estado presente en las sociedades modernas, y ha generado dos modelos político – criminales para enfrentar el hecho delictivo.⁴ Por un lado, se encuentra el *Crime control model*, que pone en primer plano la efectividad en la persecución del delito, según **ARANELLA**: “El modelo de control del crimen aparece como una reformulación a la tendencia a resistir “alojamientos legales” en búsqueda del objetivo primario de procedimiento de castigar al culpable”⁵ (Traducción libre del original). Por otro lado, se sitúa el *due process model*, que coloca el acento en la confrontación del acusado con el Estado y, de tal modo, se propicia el desarrollo de las garantías procesales. Ambos modelos representan los polos opuestos en el intento de encontrar un compromiso entre los requerimientos del Estado de derechos y los de eficiencia. Sin embargo, siguiendo a Heike **JUNG**, con una mirada atenta se podrá apreciar que la oposición entre el *crimen control model* y el *due process model* probablemente está sobre valorado, ya que, en un Estado de derecho no es posible contraponer, con carácter de necesidad, el respeto de posiciones básicas de derechos humanos y la efectividad en la administración de justicia. Además, porque un proceso solo es efectivo si posee una función de pacificación, lo que no sucedería si se pusiera un acento desmedido en la búsqueda de la verdad a cualquier precio sin el respeto de las garantías básicas del imputado. Por ello, la política procesal penal debe lograr un equilibrio entre estos dos modelos.

En un intento de responder a la realidad social, a las demandas ciudadanas y limitar la reacción desproporcionada del Estado, procurando un equilibrio entre los modelos descritos, los movimientos de reforma del proceso penal en América Latina, tomando la experiencia del derecho europeo continental y el derecho angloamericano, han propuesto la implementación del sistema acusatorio.⁶ Y es que el sistema acusatorio introduce una nueva lógica en la persecución del delito y limita la intervención desproporcionada del Estado, o al menos eso sucede en su esquema ideal. Además, el sistema acusatorio se encuentra enriquecido, como se ha dicho, por los movimientos victimológicos.

Es así que se advierte una marcada diferencia de perspectiva con que los sistemas procesales entienden la persecución del delito. En el sistema acusatorio, aquella persecución se estructura como un “modelo de disputa”, propio del *common law*, donde el acusador y el imputado son los dueños de la contienda, y por tanto, sobre sus hombros recae la búsqueda de la verdad,

⁴ DELMAS-MARTY, Mireille (dir.), *Procesos penales de Europa (Alemania, Inglaterra y País de Gales, Bélgica, Francia e Italia)*, trad. de Pablo Morenilla, Zaragoza: Edijus, 2000, p. 40.

⁵ ARANELLA. “Rethinking the Functions of Criminal Procedure”. *The Warren and Burger Courts Competing Ideologies, The Georgetown Law Journal* 72, 1983, N° 2, p. 185.

⁶ Ver sobre todo: MAIER, Julio. AMBOS, Kai y WOISCHNIK, Jan. *Las reformas procesales penales en América Latina*. Buenos Aires: Konrad Adenauer – Ad Hoc – Instituto Max Plack para Derecho Penal Extranjero e Internacional, 2001, pp. 17 y ss.

por ello no resulta extraño que el órgano acusador pueda decidir desistirse total o parcialmente de su persecución cuando el acusado ha reconocido su responsabilidad y cesó la controversia. Entonces, es posible que a cambio de la confesión del imputado, el órgano acusador disponga una disminución de pena. Mientras que en el sistema inquisitivo la persecución del delito se estructura como un “modelo de investigación oficial”, propio del sistema continental, donde la investigación del delito es delegada a dos o más funcionarios públicos, el Juez de instrucción y el Fiscal, quienes buscan conocer la verdad de los hechos, pero no son dueños de la investigación, con lo que es impensable el cese de la persecución aunque el imputado reconozca su responsabilidad. Bajo ese esquema, se erige el principio de legalidad procesal que obliga a los órganos estatales a perseguir todos los delitos en todas las circunstancias, y como corolario de ello, la obligación del órgano juzgador de imponer la pena que corresponda conforme al grado de culpabilidad del imputado, aunque valorando su confesión. En el primer modelo, es posible la creación de escenarios de negociación penal, en el segundo, esos escenarios son inexistentes.

Así, con la recepción de instituciones propias del modelo acusatorio, enriquecido por los desarrollos victimológicos y los derechos humanos, se produce un cambio de visión del delito y se busca ir al conflicto social subyacente en el mismo, reposicionando a los sujetos materiales del drama penal, con lo que, el imputado y la víctima recobran su posición originaria en el conflicto social, antes absolutamente monopolizada por el Estado, para dar paso a una *Justicia Penal Negociada*⁷ y *Restaurativa*⁸, donde se colmen las expectativas de la sociedad y de la víctima.

1.3.- La Justicia Retributiva vs. La justicia Restaurativa: Impacto sobre la resolución del conflicto y las reparaciones.

En los esquemas de la Justicia Retributiva que se vincula estrechamente con los fines de la pena, lo importante es dar un mensaje al sancionado, a posibles infractores y a la sociedad, bajo los tradicionales criterios de prevención especial y general. Así, la víctima del delito es olvidada y sólo se van a acordar de ella en la reparación civil. Este modelo obviamente no llega a resolver el conflicto social producido por la comisión del delito.

Frente a ese modelo se propone esquemas de Justicia Restaurativa. La Justicia Restaurativa consiste en un proceso por el cual todas las partes que tienen interés en un determinado conflicto se juntan para resolverlo colectivamente y para tratar sus implicaciones de futuro (**ver Tabla N° 1**). En esta definición, se recogen sus tres notas esenciales⁹: la idea de proceso¹⁰, la noción de

⁷ HIGHTON, E. et al., *Resolución alternativa de disputas y Sistema Penal*. Buenos Aires. Ad Hoc, 1990, pp. 60 y ss. TUMARIT SUMALLA, Joseph. “La mediación reparatoria en la ley de responsabilidad penal del menor”. En: GONZÁLEZ CUSSAC et al. (Coords) *Justicia penal de menores y jóvenes*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2002, p. 48.

⁸ Cfr., entre otros: VAN NESS, D. Et al., “Introducing Restorative Justice”. En: Morris – Maxwell (ed), *Restorative Justice for Juveniles. Conferencing, Mediation and Circles*. Oxford: Hart Publishing, 2001, pp. 13 y ss. CERETTI, A. et al., “Giustizia riparativa e mediazione penale: esperienze e pratiche a confronto”. En: Scaparro, Fulvio. *Il coraggio di mediare*. Milan: Guerini e Associati, 2001, p. 309. MIERS, David. *An International Review of Restorative Justice*. London: Home Office, 2001, p. 88.

⁹ ASHWOTRH, A., “Responsibilities, Rights and Restorative Justice”, *The British Journal of Criminology, Special Issue*, vol. 42, N° 3, 2002, p.578.

¹⁰ Entendiendo proceso como diálogo.

partes y la existencia de acuerdos restauradores¹¹. Constituye un camino de apertura de la Justicia que pone el énfasis en la reparación de las consecuencias del conflicto. El crimen es entendido como una violación de la comunidad, de las relaciones y una destrucción de la paz social. Se caracteriza por ser integradora e inclusiva, genera y supone la participación de la víctima, del victimario y de la comunidad afectada por el hecho, buscando una solución que se encamine a la reparación del daño y de la armonía rota¹². El principal propósito de la intervención es restaurar la paz social, remediar el daño causado, arreglar la puesta en peligro de los bienes jurídicos, evitar la re-victimación, bajo un paradigma de Justicia construido bajo los elementos de la mediación, reconciliación, restitución y compensación¹³.

TABLA 1. COMPARACIÓN ENTRE LOS ENFOQUES DE LA JUSTICIA RETRIBUTIVA Y LA JUSTICIA RESTAURATIVA

JUSTICIA RETRIBUTIVA	JUSTICIA RESTAURATIVA
Crimen: categoría jurídica, violación de la ley, acto lesivo al Estado.	Crimen: acto lesivo a personas y comunidades
Control de la criminalidad: función principal del sistema de justicia penal	Control de la criminalidad: una obligación de la comunidad
Compromiso del infractor: pagar multa o cumplir pena	Compromiso del infractor: asumir responsabilidad y reparar el mal hecho
Crimen: acto individual con responsabilidad individualizada	Crimen: acto con dimensiones individuales y sociales de responsabilidad
La pena es eficiente cuando: - la amenaza de la punición logra prevenir el crimen- la punición cambia el comportamiento del infractor	Punición solamente no es suficiente para cambiar comportamientos.
Víctima: elemento marginal en el proceso judicial	Víctima: elemento central en el desarrollo del proceso y en la solución de los problemas creados por el crimen
Infractor: definido por sus defectos y carencias	Infractor: definido por su capacidad de restaurar el daño ocasionado
Foco: establecer culpa por eventos pasados (si cometió el crimen o no)	Foco: solución de problemas, determinación de responsabilidades y obligaciones en el presente y en el futuro (que es necesario hacer)

¹¹ Es aquel acuerdo que repara simbólica o materialmente a la víctima, permite reintegrar al infractor y restaurar a la comunidad afectada. Cf., LARRAURI, E., “Tendencias actuales de la Justicia Restauradora”, en: PÉREZ ÁLVAREZ, Fernando (Ed.). *In Memoriam Alexandri Baratta*. Salamanca: Ed. Universidad de Salamanca, 2004, p.447.

¹² MINISTERIO DE JUSTICIA DE CANADÁ, en “Values and Principles of Restorative Justice in Criminal matters”, Ministerio de Justicia de Canadá, 2003.

¹³ *Vid.*, CHRISTIE, N., “Conflicts as Property”, *British Journal of Criminology*, vol. 17, n° 1, Trad. Al español, en MAIER, J., (comp.). *De los delitos y de las víctimas*. Buenos Aires: Ad Hoc., 1992. ZEHR, H., *Changing lenses: a new focus for crime and Justice*. Scottsdale: PA Herald Press, 1990 y VAN NESS, D., “Perspectives of Achieving Satisfying Justice: Values and Principles of Restorative Justice”. *ICCA Journal of Community Corrections*, N° 8, 1997, pp.7–12, quienes propugnan un modelo de Justicia Restaurativa alternativo al sistema penal. Este nuevo modelo es visto frecuentemente como un nuevo paradigma de justicia penal que difiere tremendamente del sistema dominante de paradigma de Justicia Retributiva.

Énfasis en antagonismos	Énfasis en el diálogo y en la negociación
Imposición de penas y sufrimientos para impedir y cohibir crímenes	Reconciliación para recompensar las partes y restaurar el daño
Comunidad: excluida, representada abstractamente por el Estado	Comunidad: facilita el proceso restaurativo

Fuente: Oficina de las Naciones Unidas contra la droga y el delito – UNODC. “Hacia un nuevo paradigma: miradas interdisciplinarias sobre modelos y metodologías. Justicia juvenil: retos y perspectivas a nivel internacional”. Ponencia del Foro sobre el menor infractor, Medellín, 12 de noviembre del 2004, p. 7.

Comentario: En esta tabla se tienen en cuenta a los actos y los procesos presentes en la aplicación de la justicia penal, desde el enfoque retribucionista y desde el restaurativo.

Así, la justicia negociada es la expresión más extendida de la *Justicia Restaurativa*¹⁴ y constituye la posibilidad de producir la reintegración social de los delincuentes y responder a las necesidades de las víctimas, en el marco de los valores de la comunidad.¹⁵ Se estructura como un instrumento de resolución de conflictos que se generan en el seno de la sociedad, adoptando así una concepción de resolución definitiva de los conflictos sociales, restableciendo la paz social, quebrantado por la conducta contraria a la norma. Este proceso de negociación, debe ser analizado como una forma de que ambos actores intervinientes en ese conflicto, tanto el victimario como la víctima, lleguen a través de un entendimiento a una superación de ese conflicto, haciendo posible una reparación concreta del daño, y facilitando el rol del mediador como garante del acuerdo que lleguen ambas partes.¹⁶

Si debemos definir a la víctima, quien —como hemos mencionado— en la resolución tradicional del conflicto es apartada del accionar del poder punitivo, la misma es aquella o aquel que por alguna razón, “no puede nada”. Es el enclenque o pequeño o minusválido, ocupa el lugar del no-poder que es un disvalor por impotencia, mientras que el máximo poder es la opresión, así la enajenación de la víctima comienza con la amenaza que pronuncia o evidencia el victimario.¹⁷

Bajo ese contexto, se debía viabilizar la dosificación de la persecución del delito, de la pena y la reparación civil y a la vez debía intentarse satisfacer las necesidades sociales de justicia subyacentes al quebrantamiento del orden social con la comisión de hechos delictivos. Así, se

¹⁴ BERISTAIN IPIÑA, Antonio. *Criminología y victimología. Alternativas Re-creadoras al Delito*. Bogotá: Leyer, 1998, p. 32.

¹⁵ ALONSO RIMO, Alberto. *Víctima y sistema Penal: Las infracciones no perseguibles de oficio y el perdón del ofendido*. Valencia: Tirant lo Blanch. 2002, pp. 245 y ss. SAMPEDRO, Julio Andrés. *La humanización del proceso penal*. Bogotá: Legis, 2002, p. 67.

¹⁶ VARONA MARTÍNEZ, Gema. *La mediación reparadora como estrategia de control social. Una perspectiva criminológica*. Granada: Comares, 1998, pp. 255 y ss.

¹⁷ GARCÍA-PABLOS, Antonio. *Tratado de Criminología*. Valencia: Tirant lo Blanch. 1999, p. 322. Ramírez, Rodrigo. *La victimología*. Ed. Temis, Bogotá, 1983, pág. 34, Gimeno Sendra, Vicente y otros. *Derecho Procesal. Proceso Penal*. Tirant lo Blanch, Valencia, 1993, pág. 241. Rodríguez Manzera, L. *Criminología*. Ed. Porrúa, 1982. pág. 42.

posibilita bajo la *Justicia Penal Negociada* la aparición de diversas instituciones procesales que facilitan los acuerdos entre el Fiscal y el imputado, inspiradas por los denominados criterios de oportunidad. Estos criterios, reglados desde una finalidad político-criminal o de utilidad social, pueden generar un muro de contención al monopolio de la persecución penal pública, relativizándose así el sistema de la estricta-legalidad. Este principio, —el de oportunidad— que es la regla de la persecución penal en el sistema del Derecho Anglosajón, busca, por un lado satisfacer a la víctima en sus expectativas de reparaciones y por otro otorgar al imputado la posibilidad de beneficiarse de reducciones de pena y terminaciones anticipadas del proceso a cambio de su colaboración con la justicia y el reconocimiento de su responsabilidad penal.

De esta manera se estructura un modelo disuasorio, también llamado integrador que prevé la solución conciliadora del conflicto, la reparación del daño causado a la víctima y a la comunidad, y la propia pacificación de las relaciones sociales. En este sentido podemos establecer valores de avance respecto a cuán restaurativa apunta ser nuestra justicia penal, estos grados pueden ayudar a reformas graduales para la inclusión de los actores involucrados en la justicia restaurativa. Así, cuando las prácticas de la justicia penal incluyen sólo a un grupo de partes interesadas primarias, como en el caso del resarcimiento económico para las víctimas por parte del gobierno, el proceso sólo se puede llamar “parcialmente restaurativo.” Cuando un procedimiento como el de mediación entre víctimas y delincuentes incluye dos partes interesadas principales pero excluye a las comunidades de apoyo, el proceso es “mayormente restaurativo.” El proceso es “completamente restaurativo” sólo cuando los tres grupos de partes interesadas primarias participan activamente, como por ejemplo en reuniones de restauración o círculos (**ver Figura N° 1**).

FIGURA N° 1. TIPOS Y GRADOS DE PRÁCTICAS DE JUSTICIA RESTAURATIVA



Fuente: Paul Mccold y Ted Wachte, “En busca de un paradigma: una teoría sobre justicia restaurativa”, *Restorative practices. EForum* – International Institute for Restorative Practices, Agosto 12, 2003, p. 3.

Comentario: Las tres partes interesadas primarias en la justicia restaurativa son las víctimas, los delincuentes y sus comunidades de apoyo, cuyas necesidades son, respectivamente, lograr la reparación del daño, asumir la responsabilidad y llegar a un acuerdo. El grado en que las tres partes participan en intercambios emocionales significativos y la toma de decisiones es el grado según el cual toda forma de disciplina social puede ser calificada como completamente “restaurativa.” Estos tres grupos de partes interesadas primarias están representados por tres círculos superpuestos en la Figura.

2.- EL ROL DE LA VÍCTIMA EN EL PROCESO PENAL SEGÚN MODELO INQUISITIVO Y EL CAMBIO DE PERSPECTIVA: ALGUNOS RASGOS DE LA SUPERVIVENCIA DEL MODELO INQUISITIVO EN EL NUEVO CÓDIGO PROCESAL PENAL

2.1.- Rol de la víctima en el modelo inquisitivo y la reparación civil

En los modelos procesales monopolizados por el Estado, a través de la persecución oficial del delito propia del modelo inquisitivo, el rol de la víctima en el proceso penal es secundario y

limitado. En los modelos mixtos o inquisitivo reformado la víctima puede participar en el proceso a través de la institución denominada “parte Civil” esta participación se reduce a las alegaciones sobre la reparación civil o la denominada consecuencia económica del delito.¹⁸

Otro aspecto importante que merece una crítica es la limitación efectiva de la participación de la víctima en el proceso, que la toma en cuenta sólo cuando se ha constituido en “parte civil” y esto requiere que la víctima manifieste su voluntad y asigne un abogado para participar en el proceso, con lo oneroso que eso resulta.¹⁹ Con ello se viola el derecho al acceso a la justicia y el derecho a la tutela jurisdiccional efectiva, que se relacionan con el derecho a ser oído y a la protección judicial consagrados en los artículos 8° y 25° de la Convención Americana de Derechos Humanos.

Con ello, en el proceso penal el rol de la víctima es secundaria y se reduce, respecto al fondo de la controversia, a la calidad de testigo del delito. Incluso el valor de su testimonio, por obvias razones de valoración de la prueba, se encuentra limitada y debe ser acompañada de otros elementos de prueba para crear convicción en el juzgador sobre la responsabilidad del imputado.

Por otro lado, bajo este modelo los criterios para la determinación de la reparación civil se encuentran limitados a los esquemas civilistas de reparación de daños por responsabilidad civil extracontractual. Criterios que sin duda sirven para el ámbito civil pero que consideramos inadecuados en el ámbito penal, donde son otros los bienes jurídicos, intereses y necesidades en juego.

Y, obviamente, el modelo inquisitivo, al estructurarse como un modelo de investigación oficial del delito, como se ha dicho, descarta cualquier posibilidad de justicia por acuerdo o negociación penal que pueda aligerar el rígido esquema de exclusión de la víctima en la solución del conflicto penal.

En suma, en el viejo modelo reformado o mixto, presente en nuestro Código de Procedimientos Penales, aún vigente, la víctima por un lado, no puede participar plenamente en el proceso penal para la determinación de la responsabilidad penal del imputado, sólo puede participar para hacer alegaciones y probar la reparación civil. Y por otro lado, los criterios para establecer la reparación civil se encuentran reducidos al esquema civilista de reparación del daño por responsabilidad civil extracontractual.

2.2.- Rasgos inquisitivos en el rol de la víctima dentro del nuevo Código Procesal Penal.

Aunque en el nuevo Código Procesal Penal se pueden ver instituciones que pretenden superar el antiguo modelo, como la incorporación del principio de oportunidad y los acuerdos reparatorios,

¹⁸ Ver entre otros: SOLARI BRUMANA, Juan. *Reparación del daño del particular damnificado*. Buenos Aires: Depalma 1862, p. 68.

¹⁹ Para una crítica de este modelo Ver: CAFFERATA NORES, José. *Temas de Derecho procesal penal*. Buenos Aires: Depalma, 1988, p. 100.

en cuanto a la participación de la víctima en el proceso penal se conservan los viejos esquemas del modelo anterior.

2.3.- Rol de la víctima: El Cambio de perspectiva

Sin embargo, el rol de la víctima en el proceso debe cambiar radicalmente. En la doctrina latinoamericana **CAFFERATA NORES** ha hecho una interesante aproximación al problema teniendo como guía las decisiones emanadas de los organismos regionales de derechos humanos. Así, los nuevos paradigmas de procuración de justicia penal deben contar necesariamente con las víctimas como un elemento constitutivo del sistema y la mejor manera de abordar la temática pasa, necesariamente, por la compleja relación entre las normas de derecho internacional de los derechos humanos con incidencia en las legislaciones penales domésticas. **CAFFERATA NORES** reconoce que el sistema de garantías genéricas es bilateral, en tanto que la tutela efectiva esta hecha tanto para el acusado, como para la víctima. En este sentido, resultan equivalentes para ambas partes la igualdad ante los tribunales, el acceso a la justicia y la defensa en juicio y la imparcialidad e independencia de los jueces.²⁰

Como anota **GUERRERO PERALTA**, la construcción bilateral de las garantías conduce a un modelo de derecho penal material en el que prima la efectividad del reconocimiento de los derechos, sobre la accesoriedad procesal que hasta el momento se le ha reconocido a ciertos institutos propios de las víctimas. Asimismo, por ejemplo, la tutela efectiva y su correlato lógico de acceso a la administración de justicia implican para el procesado la posibilidad efectiva de ejercer su derecho de defensa obligatoria, incluso con la intervención estatal que deben proveer los medios para que el acusado se defienda adecuadamente. En el mismo sentido, para la víctima el fundamento de igualdad implica que el acceso a la justicia supere el plano formal y se le permita una intervención efectiva, al mismo tiempo que una representación gratuita, asesoramiento y patrocinio.

La sanción del culpable como derecho de la víctima ha encontrado amplia aceptación en la opinión de los órganos supranacionales de derechos humanos que operan en nuestra región, lo que por ende reinterpreta el contenido constitucional de los derechos humanos en el proceso penal. Así, por ejemplo, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos afirma que la razón principal por la que el Estado ésta llamado a perseguir el delito es la necesidad de dar cumplimiento a su obligación de garantizar el derecho a la justicia de las víctimas. La extensión de este derecho de las víctimas se concreta en el derecho de todo individuo a obtener una investigación judicial a cargo de un tribunal competente, imparcial e independiente, en la que se establezca la existencia o no de la violación de su derecho, se identifique a los responsables y se les imponga las sanciones pertinentes. A su vez, el derecho a obtener una investigación judicial implica la responsabilidad del Estado de adelantar con seriedad una indagación independiente e imparcial y no como una simple formalidad condenada de antemano a ser infructuosa

²⁰ CAFERATTA NORES, José. *Proceso Penal y Derechos Humanos*. Buenos Aires: Editores del Puerto, 2000, pp. 50 y ss.

El último componente que se reafirma en las decisiones supranacionales es el de la reparación e indemnización a las víctimas, el cual influye el restablecimiento de la situación anterior de la lesión, la reparación de las consecuencias producidas con el acto ilícito y la compensación de los daños patrimoniales y extramatrimoniales.

Además, como anota **GUERRERO PERALTA**, la Corte Constitucional colombiana llega a la construcción de la víctima como sujeto procesal a partir de tres argumentos: la tutela judicial efectiva como derecho reconocido internacionalmente que le asiste al imputado/procesado y en igual medida al perjudicado de la conducta punible; la inadmisibilidad desde el punto de vista internacional de ciertas disposiciones del derecho penal doméstico, tales como auto amnistías, prescripciones y todas aquellas que tengan por efecto excluir la responsabilidad penal enervando el legítimo derecho de las víctimas a la investigación, el enjuiciamiento y la sanción de los responsables; y, por último, las normas de los instrumentos internacionales de derechos humanos que de acuerdo con la Corte Constitucional colombiana ha sido modelo posterior para múltiples manifestaciones normativas que se han promovido desde el ámbito internacional para favorecer a las víctimas de vulneraciones a los derechos humanos.

La jurisprudencia argentina ha sido positivamente osada al trascender incluso las decisiones de los tribunales internacionales reconociendo que: *“(...) el derecho del afectado está incorporado de algún modo en el bien jurídicamente protegido por la norma penal, razón por la cual se reconoce que es un derecho del ofendido obtener la aplicación de la pena prevista en la ley para el caso de la vulneración de aquel bien jurídico abstracto, derecho que se reconoce sólo a él por su condición de tal, es decir, por haber sido lesionado en su interés o en su derecho concreto”*. La Corte Suprema de Argentina en este caso decidió que la solicitud de condena realizado por un querellante en un delito de acción pública es idónea para habilitar al tribunal de juicio dictar sentencia condenatoria, aunque el Fiscal hubiese pedido la absolución.

Ello, implica que se cambie el rol de la víctima en el proceso penal y se le considere como verdadera parte procesal que pueda hacer alegaciones y aportar pruebas no sólo sobre la reparación civil, sino y sobre todo sobre la responsabilidad penal del imputado, como expresión de los derechos reconocidos por los tratados internacionales sobre derechos humanos y declarados por los órganos sobre la materia.

3.- MANIFESTACIONES DE LA JUSTICIA RESTAURADORA: LA REPARACIÓN INTEGRAL

3.1.- El concepto de reparación integral

Esta investigación asume la definición amplia de reparación que existe en el contexto del derecho internacional, en el cual el término se usa para designar toda aquella medida que puede ser utilizada para resarcir a las víctimas por los diferentes tipos de daños que hubieren sufrido como consecuencia de ciertos crímenes cometidos.

La violación es la hipótesis normativa acreditable y declarable; la reparación es la consecuencia jurídica de aquella. La naturaleza y las características de la primera determinan las de la segunda, que también se puede y se suele expresar en términos diferentes: así, la reparación reflejará la naturaleza del bien lesionado o asumirá otro carácter, siempre compensatorio²¹.

Es en el plano internacional, específicamente en el marco de tribunales de derechos humanos, en donde se ha desarrollado ampliamente y de manera progresiva los alcances de las reparaciones. Y por tanto, en donde existe más desarrollo doctrinario. Los Artículos Preliminares sobre Responsabilidad Estatal adoptadas por la Comisión de Derecho Internacional de las Naciones Unidas, nos ofrecen también un acercamiento a nuestro tema de estudio²². Los artículos 43 al 46 son los que se encargan de las reparaciones y enumeran a la restitución, compensación, satisfacción y asegurar y garantizar la no repetición²³.

Dentro de lo que fue la Comisión de Derechos Humanos, la sub-Comisión realizó una labor que la salvó del descrédito generalizado que sufrió la Comisión. Dentro de esa labor destaca, para nuestro tema, los *Principios y directrices básicos sobre el derecho de las víctimas manifiestas de las normas internacionales de derechos humanos y de violaciones graves del derecho internacional humanitario a interponer recursos y a obtener reparaciones*, que se convertirían en la resolución 60/147 de la Asamblea General²⁴. Estos principios y directrices señalan como formas de reparación a la restitución, indemnización, rehabilitación, satisfacción y medidas de no repetición.

Los lineamientos ofrecidos por Sergio García Ramírez, la Comisión de Derecho Internacional y la Asamblea General son en esencia de la misma naturaleza. No entraremos al debate terminológico, ya que eso sobrepasa nuestros objetivos, pero señalaremos que las categorías de devolución, reposición y sustitución que indica García Ramírez, bien pudieran quedar comprendidas en la restitución. Por otra parte, la resolución 60/147 de la Asamblea General menciona a la rehabilitación como forma de reparación, la cual no es mencionada por la Comisión de Derecho Internacional y que García Ramírez trata como otras medidas de reparación²⁵.

²¹ Sergio García Ramírez, “Las reparaciones en el sistema interamericano de protección de los derechos humanos”, *La jurisdicción internacional. Derechos Humanos y la justicia penal*, México: Porrúa, 2003, p. 299.

²² Tal y como lo señala Van Boven, los principios y directrices pueden funcionar en otros niveles aparte del estrictamente interestatal. Ver Van Boven, Theo, “Reparations: a requirement of justice”, En Memoria del Seminario: El sistema interamericano de protección de los derechos humanos en el umbral del siglo XXI. Tomo I, 2ª Edición, Costa Rica, noviembre de 1999. pp. 654.

²³ Draft Articles on State Responsibility. Report of the International Law Commission on the work of its forty-eight session (1996). UN doc. A/51/10, Artículos 42-46.

²⁴ Principios y directrices básicos sobre el derecho de las víctimas de violaciones manifiestas de las normas internacionales de derechos humanos y de violaciones graves del derecho internacional humanitario a interponer recursos y obtener reparaciones. Asamblea General de la Organización de Naciones Unidas en sexagésimo periodo de sesiones. A/Res/60/147, artículos 18-23

²⁵ García Ramírez, Sergio. Las reparaciones en el sistema interamericano de protección a los derechos humanos. En Memoria del Seminario. El sistema interamericano de protección de los derechos humanos en el umbral del siglo XXI. Tomo I, 2ª Ed. Costa Rica Noviembre de 1999. p. 156.

Debemos señalar que las reparaciones también tienen que cumplir con una función preventiva y de combate a la impunidad²⁶, lo que va más allá de la simple reparación de las consecuencias que tuvo el hecho ilícito generado por la responsabilidad Estatal. En este sentido, la integralidad implica que la reparación no puede ni debe ser vista aisladamente del resto de componentes de la justicia y que por tanto no es admisible considerarla como algo que se puede intercambiar por justicia o verdad.

Perfeccionando la idea, el concepto de *reparación integral* hace referencia, por un lado, al esclarecimiento de la verdad de los hechos, a la aplicación de la justicia y las reformas institucionales, es decir, lo que se conoce como integralidad externa²⁷. Y por otro, al necesario balance que debe existir entre las reparaciones materiales y las simbólicas así como entre las reparaciones individuales y colectivas, lo que se conoce como integralidad interna²⁸.

El concepto de reparación integral supone reconocer la multiplicidad de formas de reparación contemplada en algunas legislaciones nacionales —lamentablemente aún no la peruana— y principalmente la normativa internacional, especialmente las que desarrollaremos a continuación.

3.1.1.- La restitución

La *restitución*, también conocida como *restitutio in integrum*, busca devolver a la víctima a la situación anterior a la violación y comprende, entre otras cuestiones, “el restablecimiento de la libertad, los derechos legales, la situación social, la identidad, la vida familiar y la ciudadanía de la víctima, el regreso a su lugar de residencia, la reintegración en su empleo y la devolución de sus propiedades”²⁹.

3.1.2.- La indemnización

²⁶ Faúndez Ledesma, Héctor, *El sistema interamericano de protección de los derechos humanos. Aspectos institucionales y procesales*, 2da Edición, Costa Rica. 1999, p. 497.

²⁷ En realidad, el concepto de reparación integral exige avanzar de manera coherente en las distintas dimensiones de la justicia, es decir, en la justicia, la verdad y la reparación.

²⁸ Asimismo, el concepto de reparación integral significa que las reparaciones no pueden ni deben reducirse a la dimensión material, sino que deben incluir medidas simbólicas, tanto para las víctimas individuales, como para la sociedad.

²⁹ Principio 19 de los Principios y Directrices Básicos Sobre el Derecho de las Víctimas de Violaciones Manifiestas de las Normas Internacionales de Derechos Humanos y de Violaciones Graves del Derecho Internacional Humanitario a Interponer Recursos y Obtener Reparaciones (2005). Principio 22 de los Principios y Directrices Básicos Sobre el Derecho de las Víctimas de Violaciones de las Normas Internacionales de Derechos Humanos y del Derecho Internacional Humanitario a Interponer Recursos y Obtener Reparaciones (2000). Principio 40 del Conjunto de Principios para la Protección y la Promoción de los Derechos Humanos Mediante la Lucha Contra la Impunidad (1998). Principio 4 del Proyecto de Principios y Directrices Básicos (1993).

La *indemnización*, que consiste en compensar los perjuicios causados por el delito y que generalmente asume la forma de un pago en dinero como reconocimiento a los males cometidos y para reparar las pérdidas sufridas. Generalmente son objeto de compensación los siguientes daños: el daño físico o mental; la pérdida de oportunidades, en particular las de empleo, educación y prestaciones sociales; los daños materiales y la pérdida de ingresos, incluido el lucro cesante; los perjuicios morales; los gastos de asistencia jurídica o de expertos, medicamentos y servicios médicos y servicios psicológicos y sociales³⁰.

3.1.3.- La rehabilitación

La *rehabilitación*, que se refiere al cuidado y asistencia profesional que las víctimas requieren para reestablecer su integridad legal, física y moral después de la violación en su contra. Estas medidas deberán incluir según proceda, la atención médica y psicológica, así como servicios jurídicos y sociales³¹.

3.1.4.- La satisfacción o compensación moral

La *satisfacción o compensación moral*, consistente en realizar acciones tendientes a restablecer la dignidad de la víctima y difundir la verdad de lo sucedido. Son medidas de carácter no pecuniario. Algunos ejemplos de tales medidas son las siguientes: medidas eficaces para conseguir la cesación de las violaciones continuadas; la verificación de los hechos y la revelación pública y completa de la verdad, en la medida en que esa revelación no provoque más daños o amenace la seguridad y los intereses de la víctima, de sus familiares, de los testigos o de personas que han intervenido para ayudar a la víctima o impedir que se produzcan nuevas violaciones; la búsqueda de las personas desaparecidas, de las identidades de los niños secuestrados y de los cadáveres de las personas asesinadas, y la ayuda para recuperarlos, identificarlos y volver a inhumarlos según el deseo explícito o presunto de la víctima o las prácticas culturales de su familia y comunidad; una declaración oficial o decisión judicial que restablezca la dignidad, la reputación y los derechos de la víctima y de las personas estrechamente vinculadas a ella; una disculpa pública que incluya el reconocimiento de los hechos y la aceptación de responsabilidades³².

³⁰ CIDH (2005: 14 -17). Principio 20 de los Principios y Directrices Básicos Sobre el Derecho de las Víctimas de Violaciones Manifiestas de las Normas Internacionales de Derechos Humanos y de Violaciones Graves del Derecho Internacional Humanitario a Interponer Recursos y Obtener Reparaciones (2005). Principio 23 de los Principios y Directrices Básicos Sobre el Derecho de las Víctimas de Violaciones de las Normas Internacionales de Derechos Humanos y del Derecho Internacional Humanitario a Interponer Recursos y Obtener Reparaciones (2000). Principio 41 del Conjunto de Principios para la Protección y la Promoción de los Derechos Humanos Mediante la Lucha Contra la Impunidad (1998). Principio 9 del Proyecto de Principios y Directrices Básicos (1993).

³¹ CIDH (2005: 11). Principio 21 de los Principios y Directrices Básicos Sobre el Derecho de las Víctimas de Violaciones Manifiestas de las Normas Internacionales de Derechos Humanos y de Violaciones Graves del Derecho Internacional Humanitario a Interponer Recursos y Obtener Reparaciones (2005). Principio 24 de los Principios y Directrices Básicos Sobre el Derecho de las Víctimas de Violaciones de las Normas Internacionales de Derechos Humanos y del Derecho Internacional Humanitario a Interponer Recursos y Obtener Reparaciones (2000). Principio 42 del Conjunto de Principios para la Protección y la Promoción de los Derechos Humanos Mediante la Lucha Contra la Impunidad (1998). Principio 10 del Proyecto de Principios y Directrices Básicos (1993).

³² CIDH (2005: 12 - 14). Principio 22 de los Principios y Directrices Básicos Sobre el Derecho de las Víctimas de Violaciones Manifiestas de las Normas Internacionales de Derechos Humanos y de Violaciones Graves del Derecho

3.1.5.- Las garantías de no repetición

Las *garantías de no repetición*, son aquellas medidas dirigidas a evitar que las víctimas vuelvan a ser objeto de violaciones de los derechos humanos e infracciones al derecho internacional humanitario que vulneren su dignidad. Algunas de las medidas que se reconocen internacionalmente son las siguientes³³: adhesión consecuente de las instituciones públicas al imperio de la ley; el ejercicio de un control efectivo de las autoridades civiles sobre las Fuerzas Armadas y de seguridad; la garantía de que todos los procedimientos civiles y militares se ajustan a las normas internacionales relativas a las garantías procesales, la equidad y la imparcialidad; asegurar el funcionamiento independiente, imparcial y eficaz de los tribunales de justicia de conformidad con las normas internacionales relativas a las garantías procesales debidas; la desmovilización y desmantelamiento de los grupos armados paraestatales o no oficiales; la promoción de mecanismos destinados a prevenir y vigilar los conflictos sociales; la revisión y reforma de leyes que puedan, eventualmente, contribuir a la violación de las normas internacionales de derechos humanos y del Derecho Internacional Humanitario.

3.2.- Las reparaciones en los acuerdos reparatorios, especial enfoque en la reparación resultado de la mediación penal

La justicia restaurativa permite a la comunidad y las personas directamente afectadas, víctima y acusado —principalmente mediante la negociación, conciliación y mediación penal— confrontarse y encontrar la solución directa a sus problemas, lográndose, por una parte, el descongestionamiento del ya voluminoso trabajo de los órganos de la administración de justicia, y, por otra, permitir que los verdaderos actores de la misma encuentren una solución rápida a sus necesidades, siendo que la víctima resarce efectivamente el daño ocasionado, y el acusado, puede restituir a la sociedad —en corto tiempo— el menoscabo que le ha causado, siendo que, a más de estos beneficios mencionados, se permite sincerar el verdadero ejercicio de la acción penal.

Desde hace algún tiempo, viene considerándose, al lado de los mecanismos alternativos a la ejecución de las penas privativas de libertad, normalmente recogidas en la legislación penal, la necesidad de introducir mecanismos que produzcan en el proceso penal en trámite, ciertos

Internacional Humanitario a Interponer Recursos y Obtener Reparaciones (2005). Principio 25 de los Principios y Directrices Básicos Sobre el Derecho de las Víctimas de Violaciones de las Normas Internacionales de Derechos Humanos y del Derecho Internacional Humanitario a Interponer Recursos y Obtener Reparaciones (2000). Principio 44 del Conjunto de Principios para la Protección y la Promoción de los Derechos Humanos Mediante la Lucha Contra la Impunidad (1998). Principio 11 del Proyecto de Principios y Directrices Básicos (1993).

³³ Principio 23 de los Principios y Directrices Básicos Sobre el Derecho de las Víctimas de Violaciones Manifiestas de las Normas Internacionales de Derechos Humanos y de Violaciones Graves del Derecho Internacional Humanitario a Interponer Recursos y Obtener Reparaciones (2005). Principios 35 a 38 del Conjunto de principios actualizado para la protección y la promoción de los derechos humanos mediante la lucha contra la impunidad (2005). Principio 25 de los Principios y Directrices Básicos Sobre el Derecho de las Víctimas de Violaciones de las Normas Internacionales de Derechos Humanos y del Derecho Internacional Humanitario a Interponer Recursos y Obtener Reparaciones (2000). Principios 45 a 50 del Conjunto de Principios para la Protección y la Promoción de los Derechos Humanos Mediante la Lucha Contra la Impunidad (1998). Principio 11 del Proyecto de Principios y Directrices Básicos (1993).

efectos liberadores del mismo llegando a evitarlo; bien en fase pre-procesal, bien en fases más adelantadas, pero en cualquier caso resolviendo el conflicto generado por la realización del ilícito penal, entre autor y partícipes con sus víctimas o perjudicados, llegando a eventuales acuerdos con la intervención de profesionales de otros campos científicos con el pertinente control de los órganos judiciales o del Ministerio Público. Ello permitiría satisfacer, tanto el interés general, al restablecer la situación jurídica anterior al hecho delictivo, como la particular de los afectados por vía de un resarcimiento, disculpa o reparación en sentido amplio. A esta posibilidad ya prevista, en cierta manera en el ámbito de menores y solo vislumbrada en el de adultos; es a la que se refiere el presente apartado.

La mediación y otros procesos de consenso, ofrecen herramientas para favorecer un cambio en la justicia penal, retornando a la responsabilidad de las comunidades, que participan diseñando planes apropiados para la satisfacción de la víctima, del ofensor y de la propia comunidad. No sólo las reparaciones sino la participación de la víctima en momentos previos al inicio de un proceso en el marco de la justicia restauradora, dejan atrás la idea de la víctima como la parte olvidada del proceso³⁴. Los estudios han mostrado repetidamente a víctimas que buscan reconocimiento y desean ser incluidas en el sistema de justicia penal³⁵.

La ausencia del reconocimiento formal de las víctimas en el sistema de justicia penal ha provocado en algunos autores el argumentar que las víctimas están mejor fuera del sistema de justicia penal convencional y que se debe usar alternativas similares a las de los procedimientos civiles o programas de justicia restauradora, tales como la mediación víctima-acusado³⁶. Estos procedimientos permiten a las víctimas realizar pedidos y darles el poder de veto. Por ejemplo, durante la mediación, las víctimas están habilitadas para confrontar al perpetrador y pueden aceptar o rechazar cualquier oferta de reparación.

Existen diversas formas de resolución alternativa de conflictos, entre ellas tenemos:

- La negociación directa entre víctima e imputado;
- La negociación entre la víctima, el imputado representado por su abogado defensor, y el fiscal;
- La negociación en la que los intervinientes principales son el abogado defensor y el fiscal, quienes apliquen algún mecanismo de consulta informal a las partes directas;
- La conciliación entre víctima e imputado, con la guía de un tercero imparcial que propone bases de arreglo a las partes;
- La mediación penal y,
- Otras formas de auto-composición que han surgido en la práctica de la Resolución Alternativa de Conflictos y la justicia restaurativa a nivel comparado y que pudieran adaptarse al marco legal de los Acuerdos reparatorios

³⁴ Viano, 1978, habla de la víctima como “parte olvidada” en el sistema de justicia penal. Viano citado por Jo-Anne Wemmers y Katie Cyr, “Can Mediation Be Therapeutic for Crime Victims? An Evaluation of Victims' Experience in Mediation with young offenders”, *Canadian Journal of Criminology and Criminal Justice*, N° 47, 3, julio 2005, pp. 527-544, p. 527.

³⁵ Jo-Anne Wemmers y Katie Cyr, “What fairness means to crime victims: a social psychological perspective on victim-offender mediation”, *Applied Psychology in Criminal Justice*, 2(2), 2006, pp. 102-128, p. 102.

³⁶ Langevin y Roach lo afirman. Citados por Jo-Anne Wemmers y Katie Cyr, “What fairness...”, *op. cit.*, p. 103.

La mediación penal y otros medios alternativos al proceso en los acuerdos reparatorios como los mencionados arriba, son efectivos y aplicables para aquellos delitos que no afectan de manera grave a la sociedad; así, el nuevo Código Procesal Penal peruano establece en su artículo 2° numeral 7 que procederá un acuerdo reparatorio en los delitos previstos y sancionados en los artículos 122 (lesiones leves), 185 (hurto simple), 187 (hurto de uso), 189-A Primer Párrafo (hurto de ganado sin agravantes), 190 (apropiación ilícita común), 191 (sustracción de bien propio), 192 (apropiación irregular), 193 (apropiación de prenda), 196 (estafa), 197 (casos de defraudación), 198 (administración fraudulenta), 205 (daño simple), 215 (modalidades de libramientos indebidos) del Código Penal, y en los delitos culposos. Y señala que esta regla no debe regir cuando haya pluralidad importante de víctimas o concurso con otro delito; salvo que, en este último caso, sea de menor gravedad o que afecte bienes jurídicos disponibles.

Lo anterior nos da un marco material de aplicación de la mediación en los acuerdos reparatorios, pero debe establecerse un conjunto de líneas de acción para asegurar, en los casos en que se cometan los delitos arriba mencionados, la satisfacción de las víctimas y a la sociedad —ya que no hay regulación al respecto— reseñaremos un conjunto de principios que deberían regir la mediación penal y que se relacionan con la reparación, a propuesta de **DIAZ GUDE**³⁷ estos son: el principio de voluntariedad en la participación de la víctima y el imputado; el principio de confidencialidad de las conversaciones que tienen lugar dentro del proceso de mediación, y; el principio de imparcialidad del mediador.

Una aclaración importante, que involucra la aplicación de los principios que se explicarán a continuación, es que una reparación en el marco de un acuerdo reparatorio no excluye su integralidad —tal y como ha quedado entendida en el apartado 3.1. de esta investigación— sino que debe ser la base sobre la que se realiza la mediación y cualquier otro tipo de acuerdo penal.

Otra atinencia que es de señalar es que en el marco de la aplicación del Nuevo Código Procesal Penal peruano, el acuerdo reparatorio presenta como agente central al Fiscal quien realiza la diligencia del acuerdo y que tiene atribuciones específicas —incluso de la fijar la reparación civil en caso de inasistencia del agraviado, y el plazo del pago de este en caso no se haya llegado a acuerdo³⁸. Felizmente queda a salvo la opción de optar por la mediación privada —según entendemos— en la última oración de este numeral que señala que NO será necesaria la referida diligencia si el imputado y la víctima llegan a un acuerdo y éste consta en instrumento público o documento privado legalizado notarialmente³⁹.

³⁷ Alejandra Díaz Gude. “La Mediación Penal y los Acuerdos Reparatorios: Potencialidades de Aplicación y Principios Involucrados”. Ponencia sobre Justicia Restaurativa (mediación penal) III Encuentro de Resolución Pacífica de Conflictos, CEJA – JSCA, p. 9.

³⁸ Artículo 2° numeral 3 del Nuevo Código Procesal Penal.

³⁹ El trámite que sigue luego de tomado el acuerdo se indica en el numeral 4 del mismo artículo 2° del NCPP, como sigue: “Realizada la diligencia prevista en el párrafo anterior y satisfecha la reparación civil, el Fiscal expedirá una Disposición de Abstención. Esta disposición impide, bajo sanción de nulidad, que otro Fiscal pueda promover u ordenar que se promueva acción penal por una denuncia que contenga los mismos hechos. De existir un plazo para el pago de la reparación civil, se suspenderán los efectos de dicha decisión hasta su efectivo cumplimiento. De no producirse el pago, se dictará Disposición para la promoción de la acción penal, la cual no será impugnabile”.

Respecto a la voluntariedad, la amenaza de la persecución penal que subyace a una oferta de mediación en sede penal, haría discutible la afirmación de que la participación del imputado en la misma es voluntaria, sin embargo —a causa de los intereses asimétricos que están en juego— no es posible exigir el mismo grado de voluntariedad pura que se da en la mediación civil o familiar para el caso de la mediación penal. Lo importante es que el imputado tenga efectivamente una opción: sea de ir a juicio o de ir a un proceso de mediación, y que esta opción no se vea afectada por presiones ilegítimas sobre el imputado con el fin de obtener su participación en el proceso de mediación⁴⁰. Es importante señalar que debe existir certeza de parte del mediador que el imputado esté realmente arrepentido, puesto que no puede aventurarse una sesión de mediación con una víctima que espera una reparación basada en un arrepentimiento sincero y como base de éste un real compromiso de reparar integralmente el daño cometido, ya sea desde compromisos de servicio comunitario —que garantice el imputado al sistema estatal y por tanto a la sociedad—, pasando por compromisos de terapia —en casos de alcoholismo o drogadicción—, hasta la reparación pecuniaria.

El principio de confidencialidad se plantea no sólo si es el fiscal quien hace las veces de mediador, sino respecto a cualquier mediador, ya que es necesario que las partes puedan hablar libremente acerca de los hechos, expresar sus sentimientos, y plantear sus intereses y necesidades en un ambiente de confianza y respeto mutuos. Aquí nuevamente la garantía de una reparación justa para la víctima se sustenta en la persona idónea del mediador, que debe ser quien dirija un encuentro víctima – imputado, de tal manera que al final de la mediación haya resultado un compromiso social de parte del perpetrador y una liberación de sanciones mayores, una satisfacción de la víctima y una descarga para el Estado de un proceso penal.

El principio de imparcialidad tiene importantes dificultades debido a que en muchas ocasiones —como sucede en el caso peruano con los acuerdos reparatorios— la mediación se desarrolla por actores del sistema penal, los cuales, al estar orientados hacia los intereses propios del sistema de persecución penal en su conjunto, no estarían en condiciones de dar cabal cumplimiento a este principio. En base a prácticas institucionales se pueden tener en cuenta experiencias comparadas, como las de Francia en la que los fiscales y algunos jueces retirados actúan como mediadores en algunos casos; o Inglaterra donde existen programas de mediación al interior de las propias policías. La experiencia más cercana es la chilena en la cual el problema de que los fiscales actúen como mediadores en el proceso penal se encontraría zanjado, a través de un Instructivo del Fiscal Nacional que prohíbe expresamente a los fiscales conducir procesos de mediación.

En el caso de la aplicación de este importante principio, la reparación integral se vería asegurada sin intereses del mediador quien no debe tomar ninguna decisión que pueda vincular a las partes —lo que parecería muy difícil en caso de que sea el Fiscal, a causa de las atribuciones que posee en el marco del nuevo proceso penal peruano.

⁴⁰ Adam Crawford citado por Díaz Gude, *op. cit.*, p. 10.

4.- APLICACIÓN DE LA JUSTICIA RESTAURADORA EN CASOS DE DELINCUENCIA JUVENIL

4.1.- Manifestaciones de Justicia retributiva en el Sistema Penal Juvenil

Como prevén las Reglas mínimas de las Naciones Unidas para la administración de la justicia de menores, conocidas como las «Reglas de Beijing», debe examinarse en esta fase (entre otras cosas) la posibilidad de ocuparse de los menores delincuentes sin recurrir a las autoridades competentes para que los juzguen oficialmente, estando facultado el Fiscal y otros organismos para fallar dichos casos, sin necesidad de vista oficial y procurando facilitar a la comunidad programas de supervisión y orientación temporales, restitución y compensación de la víctimas (así la regla 11). Se trata pues, de suprimir el procedimiento penal cuando se pueda.

En el caso peruano no se contempla la mediación ni ninguna otra solución alternativa al proceso de sanción del menor infractor. En la norma específica –el Código de Niños y Adolescentes- no se menciona a la víctima sino al agraviado y sólo en los casos de participación en el proceso mismo, como la apelación o la notificación de la sentencia.

El Artículo 216 del Código de Niños y Adolescentes señala que la sentencia -resultado de un proceso al menor infractor- establecerá: a) La exposición de los hechos; b) Los fundamentos de derecho que considere adecuados a la calificación del acto infractor; c) La medida socio-educativa que se imponga; y d) La reparación civil.

La medida socio-educativa se refiere a la sanción: que puede ir desde una amonestación; la prestación de servicios a la comunidad; la libertad asistida; la libertad restringida; o la internación en establecimiento para tratamiento⁴¹.

De estas, la única medida que podría considerarse como una reparación con base en la Justicia Restauradora es la prestación de servicios a la comunidad. Pero no se regula ninguna medida que satisfaga a la víctima que no sea la reparación civil.

4.2.- Cambio de paradigma: la Justicia restauradora

⁴¹ El artículo 217° del Código de Niños y Adolescentes enumera estas medidas socio-educativas y más adelante indica las definiciones en el mismo Código, en el artículo 231° y ss. Así, la amonestación consiste en la recriminación al adolescente y a sus padres o responsables; la Prestación de Servicios a la Comunidad consiste en la realización de tareas acordes a la aptitud del adolescente sin perjudicar su salud, escolaridad ni trabajo, por un período máximo de seis meses; supervisados por personal técnico de la Gerencia de Operaciones de Centros Juveniles del Poder Judicial en coordinación con los Gobiernos Locales; la Libertad Asistida consiste en la designación por la Gerencia de Operaciones de Centros Juveniles del Poder Judicial de un tutor para la orientación, supervisión y promoción del adolescente y su familia, debiendo presentar informes periódicos (se aplica por el término máximo de ocho meses); la Libertad Restringida consiste en la asistencia y participación diaria y obligatoria del adolescente en el Servicio de Orientación al Adolescente a cargo de la Gerencia de Operaciones de Centros Juveniles del Poder Judicial, a fin de sujetarse al Programa de Libertad Restringida, tendente a su orientación, educación y reinserción (se aplica por el término máximo de doce meses); y la internación como medida privativa de libertad que se aplicará como último recurso por el período mínimo necesario (no excede de tres años).

La idea de este trabajo de investigación es también establecer lineamientos que señalen los principios y obligaciones de los Estados con respecto a las víctimas sin descuidar sus obligaciones respecto a la administración de la justicia penal juvenil⁴². Este apartado analiza en qué aspectos inciden los principios y obligaciones de responsabilidad penal juvenil⁴³ en la satisfacción de determinadas necesidades de la víctima y la sociedad. La idea es que del respeto de las normas internacionales —que están muy desarrolladas sobre el tema de justicia juvenil— se deriven las consecuencias positivas para la situación de una víctima inmersa en un proceso frente a un infractor juvenil.

Existen algunos principios y obligaciones que rigen los derechos de los menores que inciden en el aseguramiento de las necesidades de la víctima. Por ejemplo el **Principio de No Discriminación**, que está dentro de las obligaciones estatales referidas a la aplicación de la justicia penal juvenil, le asegura a la víctima que un menor con mejor posición económica seguirá un proceso y una sanción en las mismas circunstancias que uno con menor nivel socioeconómico. Esto asegura el sentimiento de justicia, de la víctima y de la sociedad como víctima secundaria.

Un segundo principio que incide en tema de justicia juvenil y víctima es el del **Debido Proceso**. Las mayores garantías y derechos que se otorguen a los jóvenes deben cumplir la función pedagógica del proceso penal; el resultado de un proceso que enseñe al adolescente los efectos de sus actos cubren la necesidad de la víctima y de la sociedad con la garantía de no repetición.

El **Principio de Gradualidad**, establece que las medidas impuestas a los adolescentes no deben ser ofensivas a sus derechos, y que se debe establecer una amplia gama de medidas alternativas a la privación de la libertad. La primera garantía de gradualidad favorece a las víctimas en aras de un proceso que no esté sujeto a nulidad. En cuanto a la segunda garantía de sanciones alternativas a la prisión, ésta satisface la necesidad de la víctima de estar presente y tener voz en el proceso de toma de decisión de la sanción, y a la sociedad en que no se establezca un sistema de penitencia juvenil con los mismos defectos que el de adultos (sobrepoblación, formación de nuevos delincuentes, etc).

En aplicación del **Principio de Oportunidad** se busca excluir al adolescente del sistema de justicia penal, siempre que ello sea posible, Las medidas alternativas van desde la suspensión del proceso a prueba (suspender todo el proceso y dar nueva oportunidad al adolescente para que no delinca), el desistimiento del juicio (cuando se considere que su proseguimiento va a tener

⁴² Los instrumentos internacionales básicos que rigen estas actuaciones estatales son: la Convención sobre los Derechos del Niño; las Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para la Administración de la Justicia de Menores (Reglas de Beijing, Resolución 40/33 de la Asamblea General); las Directrices de las Naciones Unidas para la Prevención de la Delincuencia Juvenil (Directrices de Riad, Resolución 45/112 de la Asamblea General); y las Reglas de las Naciones Unidas para la Protección de los Menores Privados de Libertad (Resolución 45/113 de la Asamblea General).

⁴³ Los siguientes principios fundamentales analizados son extraídos de la normatividad internacional en material de justicia penal de adolescentes, y son los que deben guiar toda actuación estatal que afecte a la infancia y la adolescencia.

más efectos negativos que positivos en el adolescente o que la gravedad del delito no lo amerita), los mecanismos de conciliación y reparación del daño que también sirven para evadir la formalidad del juicio sin eludir la responsabilidad del adolescente entre otras.

El principio de oportunidad no es una contradicción, es una especialidad del sistema penal juvenil que se justifica por su finalidad pedagógica (y no solamente retributiva o preventiva) y por las características especiales de los adolescentes, que son personas en formación, y por lo tanto tienen más posibilidades de reinserción social⁴⁴.

La justicia restaurativa es la forma más pedagógica de ejercer la justicia en caso de los adolescentes, pues reconoce (y hace que el infractor reconozca) que el crimen causa daños a las personas y a la sociedad; reconoce los derechos de la víctima (fortaleciendo el sentimiento de realización de justicia en la propia víctima y en la comunidad en general); da protagonismo a la víctima y a la sociedad (permitiendo que se encuentre una respuesta efectiva al conflicto social generado por el crimen); trata las consecuencias del delito y sus implicaciones para el futuro; repara daños; previene más efectivamente la reincidencia delictiva; hace menos daño al adolescente (por promover soluciones alternativas a la privación de libertad); previene también la estigmatización del adolescente y finalmente promueve la reconciliación.

Lo que ya se conocen son diversas experiencias para utilizar los principios de justicia restaurativa en la práctica de la justicia penal juvenil, la pregunta que queda es entonces: ¿que tipos de reparación pueden establecerse en cada una de las alternativas de la justicia juvenil?

4.2.1.- La reparación en la Mediación entre víctima y Delincuente:

La mediación, como reunión entre víctima y delincuente facilitada por un mediador capacitado para resolver el conflicto que incluye la reparación el daño sufrido por la víctima, busca alcanzar un resultado que sea percibido como justo por ambos. La participación es voluntaria y ambos tienen la oportunidad de expresar sus sentimientos y percepciones respecto al delito. Es la manera más directa en la que la víctima puede solicitar la reparación y es un requisito que el perpetrador juvenil ha de haber reconocido su responsabilidad plenamente.

Un posible listado de opciones para las reparaciones de menor a mayor:

- Lo mínimo debiera ser que la víctima pida como reparación las disculpas del menor y la promesa de no volver a delinquir.
- La devolución de lo robado por ejemplo.
- La devolución del valor de lo robado.
- La entrega de un bien similar.
- La entrega de determinada suma de dinero.

⁴⁴ Oficina de las Naciones Unidas contra la droga y el delito – UNODC. “Hacia un nuevo paradigma: miradas interdisciplinarias sobre modelos y metodologías. Justicia juvenil: retos y perspectivas a nivel internacional”. Ponencia del Foro sobre el menor infractor, Medellín, 12 de noviembre del 2004.

La reparación puede entenderse como algo que la víctima obtiene del ofensor no necesariamente notorio para ambos, en este caso la mediación incluye un acercamiento con el posible desarrollo de empatía y eliminación del miedo que es el ofensor para la víctima, por tanto tiene efectos terapéuticos.

4.2.2.- Reuniones de Restauración:

Son similares a los programas de mediación y restauración pero incluyen la participación de las familias, grupos comunitarios de apoyo, policía, asistentes sociales y abogados, además de la víctima y el adolescente infractor. La finalidad de este modelo también es más amplia, pues incluye la demostración al adolescente que muchas personas se preocupan por él y para despertar en este un sentido de responsabilidad respecto de su familia, de su círculo social y de la sociedad. Las formas de reparación que obtiene la sociedad en este tipo de alternativas pueden ser la mentalización de los diversos actores involucrados sobre la comisión de un delito por un menor.

4.2.3.- Las reparaciones en los “círculos”

Los círculos también ofrecen un espacio de encuentro para víctima y adolescente infractor, pero involucrando a la comunidad en el proceso de toma de decisiones. Pueden participar desde miembros del sistema judicial hasta cualquier ciudadano interesado en el delito. Todos tienen derecho a expresarse durante el proceso, a medida que pasa alrededor del círculo un objeto que concede la palabra a quien lo tiene en las manos, asegurando que cada persona tenga la oportunidad de ser escuchada y reafirmando el valor del respeto, la verdad, la honestidad, el escuchar y el compartir.

Las formas de reparación que obtiene la sociedad en este tipo de alternativas puede ser la reafirmación de valores en la comunidad al involucrar a un grupo más amplio y no comprendido directamente en los efectos de los delitos cometidos por menores.

4.2.4.- Asistencia a la víctima: la inclusión como reparación

¿Implica una reparación? Se entiende que no puede llegarse a una reparación que satisfaga las necesidades de la víctima si no se le incluye y protege durante el proceso de toma de decisiones. Es también una medida terapéutica porque la víctima se siente escuchada.

Esta asistencia puede ocurrir de dos formas: derecho de participación de la víctima durante todo el procedimiento judicial y la asistencia a la víctima en el proceso de recuperación de las consecuencias del delito que fue objeto. Se propone evitar que la solución encontrada para el conflicto satisfaga la necesidad de retribución del Estado, sin realizar reparación alguna a la víctima.

4.2.5.- La asistencia al Ex Delincuente y la garantía de no repetición

Es la parte o tipo de reparación que otorga la garantía de no repetición. Son programas de asistencia institucional y posinstitucional para los adolescentes que pretenden hacer la transición de la vida delincencial a la existencia como miembro de una comunidad, con miras a minimizar los efectos dañinos de la privación de libertad (valores antisociales e incapacidad de tomar decisiones y planificar – mentalidad institucionalizada).

4.2.6.- Restitución o reparación

La restitución o reparación es un pago monetario o simbólico que el adolescente hace a la víctima. Tiene la potencialidad de reparar el daño financiero y también el daño que el delito causó en las relaciones sociales. También provee una sanción que se encuentra más claramente relacionada con el delito que las medidas punitivas y posiciona a la víctima y al delincuente en el lugar que ocupaban antes del delito, ya que satisface de mejor modo las necesidades de la víctima y tiene una función eminentemente rehabilitadora para el adolescente. La restitución puede tener lugar en programas de asistencia a la víctima, o como consecuencia de mediación, o como medida impuesta al adolescente en sustitución a la pena privativa de libertad o en complementación a esta, dependiendo de la gravedad del delito.

La reparación exige que el menor asuma el compromiso con la víctima o perjudicado de realizar determinadas acciones en beneficio de aquellos o de la comunidad, seguido de su realización efectiva. En la reparación el acuerdo no se alcanza únicamente mediante la vía de la satisfacción psicológica, sino que requiere algo más, el menor ejecuta el compromiso contraído con la víctima o perjudicado de reparar el daño causado, bien mediante trabajos en beneficio de la comunidad, bien mediante acciones, adaptadas a las necesidades del sujeto, cuyo beneficiario sea la propia víctima o perjudicado⁴⁵.

4.2.7.- Prestación de Servicios a la Comunidad:

Es una especie de restitución o reparación del daño que se dirige no a la víctima individualmente considerada sino a la sociedad, víctima secundaria de hecho criminal. El servicio comunitario debe, en la medida de lo posible, vincular la naturaleza del servicio prestado con el delito a ser sancionado o con el daño causado, para despertar en el adolescente la responsabilidad por sus actos. Es una herramienta importante para reducir la cara del sistema de atención institucional al adolescente. Además, posibilita al adolescente una oportunidad constructiva y proactiva de reparar los daños cometidos, mejorar su percepción sobre sí mismo y su valor social, para finalmente integrarse a una sociedad de la cual muchas veces estaba excluido.

⁴⁵ Fernando Suanzes Pérez, “La justicia restaurativa: normativa actual en el ámbito de la jurisdicción de menores”, *Estudios jurídicos del Ministerio Fiscal*, pp. 3313-3332, p. 3328.

En suma, en cualquiera de los distintos programas y planes para la utilización de la justicia restaurativa, los elementos que la diferencian de una respuesta retributiva y sancionadora al delito son: el énfasis puesto en la responsabilidad (y no en el castigo o en la rehabilitación), la consideración de las fortalezas del adolescente (y no de sus necesidades, que el Estado paternalista debe suplir), y el fortalecimiento de la capacidad de elección del adolescente (y no de su vulnerabilidad frente a factores sociales y psicológicos).

Los resultados notados en la aplicación de estos programas en menor o mayor grado en cada una de las modalidades son: la satisfacción de las partes, la reparación de los daños, desarrollo de empatía del delincuente por la víctima, la reducción del miedo en las víctimas, cambio de conducta de los adolescentes y menores índices de reincidencia.

4.3.- Experiencia comparada

En Canadá, se ofrece a los perpetradores juveniles como una forma de diversión, redirigiendo sus casos desde las cortes juveniles. Si un menor ha cometido una ofensa menor y se declara culpable, este menor puede ofrecer una sanción alternativa. La mediación es un programa voluntario; el joven puede aceptar o rechazar la oferta de tomar parte en una mediación. Si el perpetrador acepta, la víctima es contactada por teléfono e invitada a participar en la mediación. Hay, en general, dos tipos de mediación víctima-perpetrador: directa e indirecta. La mediación directa. Que es la más común de los dos tipos, requiere un encuentro cara a cara entre el menor y la víctima, y son mediados por uno o dos trabajadores del proyecto. Durante la mediación, ambas, víctimas y perpetradores tienen la oportunidad de hacer preguntas, dar explicaciones y expresar sus sentimientos. El objetivo del encuentro es llegar a un acuerdo, que no está limitado y puede significar cualquier cosa, desde una reparación monetaria hasta una disculpa de parte del responsable. Cada parte puede aceptar o rechazar cualquier oferta. Si no se llega a un acuerdo, la mediación es detenida y el menor recibe otra sanción, como el servicio comunitario. El segundo tipo de mediación, la mediación indirecta, es menos común en América del Norte⁴⁶. No requiere un encuentro cara a cara entre la víctima y el perpetrador. En vez de ello, el mediador actúa como un ir entre, en comunicación con la víctima y el responsable por separado. Es una alternativa práctica si hay alguna razón por la que la víctima no desea encontrarse con el responsable.

La Ley Orgánica 5/2000 española, del 12 de enero, Reguladora de la Responsabilidad Penal de los Menores; advierte en su Exposición de Motivos la importancia de la reparación del daño y la conciliación del delincuente con la víctima. Presentan dice- el común denominador de que el ofensor y perjudicado por la infracción llegan a un acuerdo, cuyo cumplimiento por parte del menor termina con el conflicto jurídico iniciado por su causa. La conciliación tiene por objeto que la víctima reciba una satisfacción psicológica a cargo del menor infractor, quien ha de arrepentirse del daño causado y estar dispuesto a disculparse. La medida se aplicará cuando el menor efectivamente se arrepienta y se disculpe, y la persona ofendida lo acepte y otorgue su perdón. En la reparación el acuerdo no se alcanza únicamente mediante la vía de la satisfacción

⁴⁶ Wemmers & Canuto, 2002.

psicológica, sino que requiere algo más: el menor ejecuta el compromiso contraído con la víctima o perjudicado de reparar el daño causado, bien mediante trabajos en beneficio de la comunidad, bien mediante acciones, adaptadas a las necesidades del sujeto cuyo beneficiario sea la propia víctima o perjudicado⁴⁷.

Como ejemplo de la utilización de los principios de justicia restaurativa, se puede citar el sistema de justicia penal juvenil de Nicaragua, que tuvo su Código de la Niñez y la Adolescencia aprobado en el 1998. En este sistema, los fiscales procuran la utilización de la conciliación para ventilar una gran parte de los asuntos bajo el control del juez y evitar el sometimiento del joven a todo el procedimiento judicial. Asimismo, los fiscales evitan siempre solicitar la privación de libertad al juez y, a fin de no vulnerar los derechos de la víctima, consultan si esta estaría de acuerdo con otro tipo de sanción, salvo cuando se trate de delitos extremadamente graves.

También en el sistema irlandés de justicia penal juvenil la justicia restaurativa tiene un papel importante. Una de las formas de tratar la problemática del adolescente en conflicto con la ley son las Conferencias Juveniles, o sea, una reunión o conjunto de reuniones para deliberar sobre como se debe tratar el niño en conflicto con la ley penal en el caso específico, en la cual participan obligatoriamente un coordinador, el adolescente, un oficial de policía y los padres o responsables. Pueden también participar la víctima y el asesor legal del adolescente. Tales conferencias pueden determinar que el adolescente se disculpe con la víctima, la reparación simbólica del daño, el pago de los perjuicios a la víctima, la obligación de estar bajo la vigilancia o supervisión de un adulto, la realización de servicios a la comunidad, la participación en algunas actividades específicas, la observación de reglas de conducta y el tratamiento mental o para la dependencia del alcohol y las drogas.

5.- APLICACIÓN DE LA JUSTICIA RESTAURADORA EN LAS REPARACIONES EN CASOS DE VIOLACIONES A LOS DERECHOS HUMANOS

Según la tesis clásica del derecho internacional público la *“reparación es la consecuencia principal de la responsabilidad internacional del Estado”*⁴⁸. La naturaleza de dicho efecto es de carácter compensatorio y no punitivo, tal como lo ha establecido la jurisprudencia de la Corte Internacional de Justicia⁴⁹. Atendida su naturaleza compensatoria y no punitiva, el límite establecido para la reparación es el perjuicio causado por el ilícito cometido, es decir, en la especie se recurre al *«principio de la equivalencia de la reparación con el perjuicio»*⁵⁰.

La reparación consiste en restablecer la situación de la víctima al momento anterior al hecho ilícito, borrando o anulando las consecuencias de dicho acto u omisión ilícitos. Esta restitución a las condiciones anteriores implica dejar sin efecto las consecuencias inmediatas del hecho, en todo aquello que sea posible y en indemnizar –a título de compensatorio– los perjuicios causados, ya sean estos de carácter patrimonial como extrapatrimonial.

⁴⁷ Fernando Suanzes Pérez, *op. cit.*, p. 3316.

⁴⁸ M. Monroy C., *Derecho Internacional Público*. 2a. Edición, Santiago de Chile: Temis. 1986, p. 272.

⁴⁹ CIJ, *Caso Estrecho de Corfú*, sentencia de 9 de abril de 1949.

⁵⁰ M. Monroy C., *op. cit.*, nota 55, p. 272.

Este concepto de reparación es clave, toda vez que a partir de su aplicación en cada caso podremos determinar cuáles son los elementos que deberán contemplarse para efectivamente borrar los efectos del hecho ilícito, ya sea por la vía de la restitución de las condiciones anteriores o por la vía de la indemnización compensatoria. En materia de derechos humanos y en particular en lo que dice relación con las reparaciones, es fundamental mirar el tema desde la óptica de la víctima, esto es, mirar cómo se puede restituir a la persona afectada en sus derechos fundamentales, cómo puede el derecho restablecer la situación, no solo patrimonialmente, sino que integralmente, mirando a la persona como un todo⁵¹.

5.1.- La obligación del Estado de penalizar las violaciones de derechos humanos como expresión del derecho a la víctima a conocer la verdad de los hechos

Desde sus primeros casos contenciosos, la Corte Interamericana ha sostenido, en *jurisprudencia constante*, que conforme los artículo 1.1 y 2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (en adelante CADH) el Estado asume dos obligaciones genéricas; por un lado, se sitúa en un deber de garante de los derechos humanos por el cual debe organizar todo su aparato gubernamental para ser capaz de asegurar jurídicamente el libre y pleno ejercicio de los derechos humanos⁵²; y, por otro lado, asume una obligación de no hacer, esto es, no vulnerar los derechos humanos. En ambos supuestos el Estado se obliga a prevenir razonablemente las violaciones de derechos humanos; así, cuando este deber de garante falla y el Estado es el perpetrador de graves violaciones de los derechos humanos, incurre en responsabilidad internacional y surge para éste la obligación de investigar, procesar y sancionar a los responsables individuales de los hechos y asegurar a las víctimas una adecuada reparación⁵³. Surgida esta obligación el Estado no puede sustraerse de la misma aduciendo disposiciones de derecho interno para proteger a sus agentes cuando éstos violen los derechos humanos⁵⁴. Además, el Estado no puede sustituir ese deber con el pago de las reparaciones que pudiera dar a las víctimas de la violación, aunque las víctimas renuncien a las reparaciones o a la persecución de los responsables individuales⁵⁵.

Por ello, cuando existan en el derecho interno disposiciones que impidan al Estado cumplir con el *deber de justicia penal*, en virtud de lo dispuesto por una norma del derecho internacional consuetudinario y del artículo 2 de la CADH, debe proceder a la remoción de esos obstáculos legales o fácticos y a la implementación de los mecanismos necesarios para cumplir cabalmente con el encauzamiento y sanción de los responsables individuales de los derechos

⁵¹ Claudio Nash Rojas, *Las reparaciones ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Jurisprudencia sobre reparaciones*, Santiago: Universidad de Chile – Centro de Derechos Humanos, s.a., p. 23.

⁵² Cf., CteIDH, *Caso Velásquez Rodríguez*, sentencia de 29 de julio de 1988, párrafo 166, y *Caso Godínez Cruz*, sentencia de 20 de enero de 1989, párrafo 175.

⁵³ CteIDH, *Caso Velásquez Rodríguez*, *op.cit.*, p. 174. *Caso Godínez Cruz*, *op. cit.*, p. 184. Cf., CteIDH, *Caso Garrido y Baigorria, Reparaciones (Art. 63.1 Convención Americana sobre Derechos Humanos)*, sentencia de 27 de agosto de 1998, párrafo 71.

⁵⁴ FAÚNDEZ LEDESMA, H. *El sistema interamericano de protección de los derechos humanos: Aspectos institucionales y procesales*. San José: IIDH, 1999, p. 83.

⁵⁵ Cf., CteIDH, *Caso Garrido y Baigorria, Reparaciones*, *op. cit.*, p. 72.

humanos⁵⁶. Así, por ser una obligación derivada de normas consagradas en la CADH, la Corte Interamericana tiene la obligación de examinar de oficio la compatibilidad de aquellas disposiciones con la CADH⁵⁷. Por ello, en el caso *Barrios Altos*, la Corte decidió que “*son inadmisibles las disposiciones de amnistía, las disposiciones de prescripción y el establecimiento de excluyentes de responsabilidad que pretendan impedir la investigación y sanción de los responsables de las violaciones graves de los derechos humanos tales como la tortura, las ejecuciones sumarias, extralegales o arbitrarias y las desapariciones forzadas, todas ellas prohibidas por contravenir derechos inderogables reconocidos por el Derecho Internacional de los Derechos Humanos*”.⁵⁸ De allí que, cuando el Estado no investiga ni sanciona a los responsables de graves violaciones a los derechos humanos vuelve a incurrir en responsabilidad internacional.⁵⁹

Finalmente, esta obligación internacional se deriva del derecho individual y colectivo a la verdad, construido jurisprudencialmente por Corte Interamericana. La cual ha precisado que el derecho a la verdad se encuentra subsumido en el derecho de la víctima o sus familiares a obtener de los órganos competentes del Estado el esclarecimiento de los hechos violatorios y las responsabilidades correspondientes, a través de la investigación y el juzgamiento que prescriben los artículos 8 y 25 de la CADH.⁶⁰ Así, la Corte Interamericana constató que “*las leyes de autoamnistía conducen a la indefensión de las víctimas y a la perpetuación de la impunidad, por lo que son manifiestamente incompatibles con la letra y el espíritu de la Convención Americana. Este tipo de leyes impide la identificación de los individuos responsables de violaciones a derechos humanos, ya que se obstaculiza la investigación y el acceso a la justicia e impide a las víctimas y a sus familiares conocer la verdad y recibir la reparación correspondiente*”⁶¹.

5.2.- El derecho a conocer la verdad de los hechos en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional del Perú

Ahora bien, el Tribunal Constitucional del Perú no ha sido ajeno al desarrollo de las modernas tendencias de la justicia internacional y ha reconocido que el Estado se encuentra en la obligación de investigar y sancionar las graves violaciones a los derechos humanos. Así, en el *Caso Villegas Namuche*, el Tribunal Constitucional ha señalado que: “*corresponde al Estado el enjuiciamiento de los responsables de crímenes de lesa humanidad y, si es necesario, la adopción de normas restrictivas para evitar, por ejemplo, la prescripción de los delitos que violenten gravemente los derechos humanos. La aplicación de estas normas permite la eficacia del sistema jurídico y se justifica por los intereses prevalentes de la lucha contra la impunidad. El objetivo, evidentemente, es impedir que ciertos mecanismos del ordenamiento penal se apliquen con el fin repulsivo de lograr la impunidad. Ésta debe ser siempre prevenida y evitada, puesto que anima a los criminales a la reiteración*

⁵⁶ Cf., CteIDH, *Caso Castillo Petruzzi y otros*, Sentencia de 30 de mayo de 1999, párrafo 207. Cf., CteIDH, *Caso Garrido y Baigorria, Reparaciones*, *op. cit.*, párrafos 68 y 69.

⁵⁷ Cf., CteIDH, *Caso Cantoral Benavides, Excepciones Preliminares*, Sentencia de 3 de septiembre de 1998, párrafo 46.

⁵⁸ CteIDH, *Caso Barrios Altos*, Sentencia de Fondo de 14 de marzo de 2001, párr. 41.

⁵⁹ Cf., CteIDH, *Caso Barrios Altos, Interpretación de la Sentencia de Fondo. (Art. 67 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos)*, Sentencia de 3 de septiembre de 2001.

⁶⁰ Cf., CteIDH, *Caso Barrios Altos*, Sentencia de 14 de marzo de 2001, párrafos 47 y 48. Cf., *Caso Bámaca Velásquez*, Sentencia de 25 de noviembre de 2000, párrafo 201.

⁶¹ Corte I.D.H., *Caso Barrios Altos. op. cit.*, párr. 43.

*de sus conductas, sirve de caldo de cultivo a la venganza y corroe los valores fundantes de la sociedad democrática: la verdad y la justicia*⁶².

En la misma forma, en el caso Vera Navarrete, el Tribunal Constitucional ha señalado que: “La gravedad de estas conductas [violaciones a los derechos humanos] ha llevado a la comunidad internacional a plantear expresamente que no pueden oponerse obstáculos procesales que tengan por propósito eximir a una persona sus responsabilidades en graves crímenes y violaciones del derecho internacional humanitario y los derechos humanos. Esta afirmación se deriva, como ha sido señalado, de la obligación del Estado de investigar y sancionar las violaciones producidas”.⁶³ Estableciendo como principio que el Estado se encuentra en la obligación de investigar y sancionar las graves violaciones a los derechos humanos.

Además, en el *Caso Villegas Namuche* el Tribunal Constitucional estimó que se había violado el derecho a la verdad y dispuso que el Ministerio Público inicie la investigación correspondiente, ponderando que: “*La Nación tiene el derecho de conocer la verdad sobre los hechos o acontecimientos injustos y dolorosos provocados por las múltiples formas de violencia estatal y no estatal. Tal derecho se traduce en la posibilidad de conocer las circunstancias de tiempo, modo y lugar en las cuales ellos ocurrieron, así como los motivos que impulsaron a sus autores. El derecho a la verdad es, en ese sentido, un bien jurídico colectivo inalienable. Al lado de la dimensión colectiva, el derecho a la verdad tiene una dimensión individual, cuyos titulares son las víctimas, sus familias y sus allegados. El conocimiento de las circunstancias en que se cometieron las violaciones de los derechos humanos y, en caso de fallecimiento o desaparición, del destino que corrió la víctima por su propia naturaleza, es de carácter imprescriptible. Las personas, directa o indirectamente afectadas por un crimen de esa magnitud, tienen derecho a saber siempre, aunque haya transcurrido mucho tiempo desde la fecha en la cual se cometió el ilícito, quién fue su autor, en qué fecha y lugar se perpetró, cómo se produjo, por qué se le ejecutó, dónde se hallan sus restos, entre otras cosas*”.⁶⁴ Configurándose de esta manera el derecho colectivo a la verdad.

5.3.- Jurisprudencia de la Corte Interamericana respecto de otras formas de reparación

La Corte Interamericana de Derechos Humanos ha establecido que: El artículo 63.1 de la Convención Americana refleja una norma consuetudinaria que constituye uno de los principios fundamentales del derecho internacional contemporáneo sobre la responsabilidad de los Estados. De esta manera, al producirse un hecho ilícito imputable a un Estado, surge de inmediato la responsabilidad internacional de este por la violación de la norma internacional de que se trata, con el consecuente deber de reparación y de hacer cesar las consecuencias de la violación. Dicha responsabilidad internacional es distinta a la responsabilidad en el derecho interno.

⁶² TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, *Caso Villegas Namuche*, Exp. 2488-2002-HC/TC, Sentencia de 18 de marzo de 2004, párrafo 23.

⁶³ TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, *Caso Vera Navarrete*, Expediente N° 2798-04-HC/TC, Sentencia de 9 de diciembre de 2004, párrafo

⁶⁴ TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, *Caso Villegas Namuche*, *op. cit.*, párrafo 23. Además, *Caso Peter Cruz Chávez*, Exp. N° 2529-2003-HC/TC, Sentencia de fecha 2 de julio de 2004 y *Caso José Domínguez Berrospi*, Exp. N° 1441-2004-HC/TC, Sentencia de 22 de julio de 2004.

Por otro lado, la Corte Interamericana ha precisado que: la reparación del daño ocasionado por la infracción de una obligación internacional requiere, siempre que sea posible, la plena restitución (*restitutio in integrum*), la cual consiste en el restablecimiento de la situación anterior a la violación. De no ser esta posible, cabe el Tribunal Internacional determinar una serie de medidas para que, además de garantizar el respeto de los derechos conculcados se reparen las consecuencias que provocaron las infracciones y se establezca el pago de una indemnización como compensación de los daños ocasionados u otros modos de satisfacción. La obligación de reparar, que se regula en todos los aspectos (alcance, naturaleza, modalidades y determinación de los beneficiarios) por el derecho internacional, no puede ser modificada o incumplida por el Estado obligado invocando disposiciones de su derecho interno.

En ese sentido, también ha señalado la Corte que: las reparaciones como el término lo indica, consisten en las medidas que tienen a hacer desaparecer los efectos de las violaciones cometidas. Su naturaleza y su monto dependen del daño ocasionado tanto en los planos material como inmaterial. Las reparaciones no puede implicar ni enriquecimiento ni empobrecimiento para la víctima o sus sucesores.

Ha definido el daño material como aquel que supone la pérdida o detrimento de los ingresos de la víctima, los gastos efectuados con motivo de los hechos y las consecuencias de carácter pecuniario causada por las violaciones a los derechos humanos (o en su caso del o los delitos cometidos).

Y, según la Corte Interamericana, el daño inmaterial puede comprender tanto los sufrimientos y las aflicciones causadas por la violación como el menoscabo de valores muy significativos para las personas y cualquier alteración, de carácter no pecuniario, en las condiciones de existencia de las víctimas. Como no es posible asignar al daño inmaterial un equivalente monetario preciso, resulta pertinente proveerse de otras vías a la reparación integral del daño causado. En primer término, mediante el pago de una cantidad de dinero que el tribunal determina en ejercicio razonable del arbitrio judicial, conforme a consideraciones de equidad. En segundo lugar, a través de actos u obras de alcance o repercusión públicas, como la transmisión de un mensaje de reprobación oficial a las violaciones de derechos humanos de que se trata y de compromiso con los esfuerzos tendientes a que no vuelvan a ocurrir. Estos actos pretenden la recuperación de la memoria de las víctimas, el reconocimiento de su dignidad y el consuelo de sus deudos.

En algunos casos, la Corte Interamericana avanzó en una dirección interesante a decir de **GARCÍA RAMÍREZ**, cuando dispuso medidas de protección y desarrollo que exceden las meras indemnizaciones y su repercusión en el cuidado de aquellas. Así ha ocurrido sobre todo en víctimas menores de edad. El tribunal ordenó que se rehabilitaran y pusieran en operación el centro escolar y la unidad e atención médica que prestan servicios a la comunidad en la que residen las víctimas para que éstas y muchas otras personas cuenten con tales servicios indispensables para su desarrollo personal y a la vez su desarrollo colectivo⁶⁵.

⁶⁵ Así lo señala citando la sentencia de reparaciones del caso Aloeboetoe, Sergio García Ramírez, *op. cit.*, p. 318.

5.4.- Casos de judicialización de casos de violaciones de Derechos Humanos donde sólo se ha aplicado justicia retributiva

Como anota **TALAVERA** como muestra palmaria del trabajo de la Sala Penal Nacional y de los Juzgados Supraprovinciales es el caso destacar las sentencias de los casos *Lucanamarca* y *Ernesto Castillo Páez*, el primero con la condena a cadena perpetua a los miembros de la Dirección Central de Sendero Luminoso, el segundo con la condena a dieciséis años de pena privativa de libertad para cuatro miembros de la Policía Nacional. Por otro lado, es menester destacar, también, el eficiente papel de los Juzgados Penales Supraprovinciales a cargo de los casos *El Frontón*, *Accomarca*, *Cayara* y *Castro Castro*, entre los más relevantes, en los cuales las instrucciones se han llevado a cabo con la prolijidad del caso.⁶⁶

En ellos, los jueces han practicado las diligencias pertinentes en el lugar de los hechos, sin que haya sido necesario un masivo desplazamiento de las decenas de testigos, en especial de familiares de los agraviados en sus derechos humanos.

Sin embargo, aunque ha establecido que en materia de reparaciones para las víctimas de violaciones de derechos humanos, la Sala Penal Nacional en resoluciones del 11 de enero de 2006 y 20 de marzo de 2006, estableció que el Estado tiene responsabilidad civil, sobre la base del artículo 1981 del Código Civil: «[...] *aquél que tenga a otro bajo sus órdenes responde por el daño causado por este último si ese daño se realizó en ejercicio del cargo en cumplimiento del servicio respectivo. El autor directo y el autor indirecto están sujetos a responsabilidad solidaria*».

En el tema concreto de la reparación en caso de violaciones a los derechos humanos en donde no hay sentencias de la Corte Interamericana, los tribunales nacionales han limitado su marco de acción al establecer reparaciones pecuniarias en el marco de los criterios del Código Civil, es decir, bajo una concepción de justicia retributiva.

⁶⁶ TALAVERA ELGUERA, Pablo. La experiencia judicial en el procesamiento de las violaciones de derechos humanos. En: MACEDO, Francisco (Coordinador) Los caminos de la Justicia Penal y Derechos Humanos. Lima: PUCP, 2007, pp. 221 y ss.

CONCLUSIONES

1. En la última década la lógica y los principios de nuestro proceso inquisitivo reformado o mixto, han sido penetrados lentamente por instituciones (y principios) del sistema acusatorio, que varían la lógica de la persecución del delito, de su investigación y de su juzgamiento. Éstas son las directrices que abren la puerta a instituciones de la denominada justicia penal negociada, y a la *justicia restauradora*, movimientos que pretenden recuperar el control de la resolución del conflicto penal para los actores primigenios del mismo que son el imputado y la víctima.
2. La justicia negociada es la expresión más extendida de la *Justicia Restaurativa* y constituye la posibilidad de producir la reintegración social de los delincuentes y responder a las necesidades de las víctimas, en el marco de los valores de la comunidad.
3. En el viejo modelo reformado o mixto, presente en nuestro Código de Procedimientos Penales, aún vigente, la víctima no puede participar plenamente en el proceso penal para la determinación de la responsabilidad penal del imputado, sólo puede participar para hacer alegaciones y probar la reparación civil que a su vez se encuentra inmersa en los criterios civilistas de reparación del daño por responsabilidad civil extracontractual.
4. Debe haber un cambio del rol de la víctima en el proceso penal y que se le considere como verdadera parte procesal que pueda hacer alegaciones y aportar pruebas no sólo sobre la reparación civil, sino sobre la responsabilidad penal del imputado, sin embargo en cuanto a la participación de la víctima en el Nuevo Código Procesal Penal se conservan los viejos esquemas del modelo anterior.
5. *La reparación integral* hace referencia, por un lado, al esclarecimiento de la verdad de los hechos, a la aplicación de la justicia y las reformas institucionales; y por otro, al necesario balance que debe existir entre las reparaciones materiales y las simbólicas así como entre las reparaciones individuales y colectivas.
6. La mediación y otros procesos de consenso, ofrecen herramientas para favorecer un cambio en la justicia penal, retornando a la responsabilidad de las comunidades, que participan diseñando planes apropiados para la satisfacción de la víctima, del ofensor y de la propia comunidad. La participación de la víctima en momentos previos al inicio de un proceso y las reparaciones integrales en el marco de la mediación dejarían atrás la idea de

la víctima como la parte olvidada del proceso, incidiendo en el hecho que una reparación en el marco de un acuerdo reparatorio no excluye su integralidad sino que debe ser la base sobre la que se realiza la mediación y cualquier otro tipo de acuerdo penal.

7. Los principios y obligaciones internacionales que rigen la actuación estatal en la administración de la responsabilidad penal juvenil inciden en la satisfacción de las necesidades de la víctima y la sociedad.
8. La reparación en casos de delincuencia juvenil, se presenta en muchas de las técnicas de negociación de acuerdos entre la víctima y el delincuente juvenil, la idea central es que se busque resolver el conflicto que incluye la reparación el daño sufrido por la víctima, alcanzando un resultado que sea percibido como justo por ambos. El rasgo característico es que la participación es voluntaria y los actores tienen la oportunidad de expresar sus sentimientos y percepciones respecto al delito.
9. El Estado asume dos obligaciones genéricas en el marco de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, una como garante y otra de no vulnerar los derechos humanos, cuando este deber de garante falla y el Estado es el perpetrador de graves violaciones de los derechos humanos, incurre en responsabilidad internacional y surge para éste la obligación de investigar, procesar y sancionar a los responsables individuales de los hechos y asegurar a las víctimas una adecuada reparación.
10. En el tema concreto de la reparación en caso de violaciones a los derechos humanos en donde no hay sentencias de la Corte Interamericana, los tribunales nacionales han limitado su marco de acción al establecer reparaciones pecuniarias en el marco de los criterios del Código Civil, es decir, bajo una concepción de justicia retributiva.
11. Frente a seguir con una idea retributiva del proceso penal respecto a la víctima, mediante sólo la indemnización pecuniaria de carácter civil, es necesario evolucionar hacia un sistema basado en la justicia restauradora y en la justicia negociada, que procura una reparación integral a la víctima y que a su vez satisface a la comunidad al contener reparaciones de diversa índole, dándole al imputado la oportunidad de resarcir el daño cometido y darse cuenta de las consecuencias de sus actos, prometiendo no volver a cometerlo.

BIBLIOGRAFÍA

Fuentes primarias:

Canada, Departamento de Justicia, The Youth Criminal Justice Act: Summary and Background, 2004. <<http://canada.justice.gc.ca/en/ps/yj/ycja/explan.html>>

Código de Procedimientos Penales peruano, 1942.

Código Procesal Penal, 2004.

Código Penal peruano, 1991.

Conjunto de Principios para la Protección y la Promoción de los Derechos Humanos Mediante la Lucha Contra la Impunidad (1998).

Convención Americana sobre Derechos Humanos, 1969.

Convención sobre Derechos del Niño, 1989.

Directrices de las Naciones Unidas para la Prevención de la Delincuencia Juvenil (Directrices de Riad, Resolución 45/112 de la Asamblea General);

Principios y Directrices Básicos Sobre el Derecho de las Víctimas de Violaciones Manifiestas de las Normas Internacionales de Derechos Humanos y de Violaciones Graves del Derecho Internacional Humanitario a Interponer Recursos y Obtener Reparaciones (2005).

Principios y Directrices Básicos Sobre el Derecho de las Víctimas de Violaciones de las Normas Internacionales de Derechos Humanos y del Derecho Internacional Humanitario a Interponer Recursos y Obtener Reparaciones (2000).

Proyecto de Principios y Directrices Básicos (1993).

Naciones Unidas, Consejo Económico y Social, Principios Básicos de Justicia Restaurativa.

Reglas de las Naciones Unidas para la Protección de los Menores Privados de Libertad (Resolución 45/113 de la Asamblea General).

Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para la Administración de la Justicia de Menores (Reglas de Beijing, Resolución 40/33 de la Asamblea General);

Fuentes secundarias:

ALONSO RIMO, Alberto. *Víctima y sistema Penal: Las infracciones no perseguibles de oficio y el perdón del ofendido*. Valencia: Tirant lo Blanch. 2002.

ARANELLA. "Rethinking the Functions of Criminal Procedure". *The Warren and Burger Courts Competing Ideologies, The Georgetown Law Journal* 72, 1983, N° 2.

ASHWOTRH, A., "Responsibilities, Rights and Restorative Justice", *The British Journal of Criminology, Special Issue*, vol. 42, N° 3, 2002, p.578.

BERISTAIN IPIÑA, Antonio. *Criminología y victimología. Alternativas Re-creadoras al Delito*. Bogotá: Leyer, 1998.

CERETTI, A. *et al.*, "Giustizia riparativa e mediazione penale: esperienze e pratiche a confronto". En: Scaparro, Fulvio. *Il coraggio di mediare*. Milan: Guerini e Associati, 2001.

CHRISTIE, N., "Conflicts as Property", *British Journal of Criminology*, vol. 17, n° 1, Trad. Al español, en MAIER, J., (comp.). *De los delitos y de las víctimas*. Buenos Aires: Ad Hoc., 1992.

CAFFERATA NORES, José. *Temas de Derecho procesal penal*. Buenos Aires: Depalma , 1988.

----- *Proceso Penal y Derechos Humanos*. Buenos Aires: Editores del Puerto, 2000.

CRAWFORD, Adam: "Salient Themes Towards a Victim Perspective and the Limitations of Restorative Justice: Some Concluding Comments" en Adam Crawford and Jo Goodey (eds.) *Integrating a Victim Perspective within Criminal Justice: International Debates*, Ashgate, Aldershot, 2000, pp. 285-310.

- DALY, Kathleen. "A tale of Two Studies: restorative Justice from a Victim's Perspective", [Documento en línea] <http://www.gu.edu.au/school/ccj/kdaly_docs/kdaly_part2_paper7.pdf>
- DEFENSORÍA DEL PUEBLO. *Hacia un sistema de seguridad ciudadana. Lineamientos de trabajo*. Lima, 2006.
- DELMAS-MARTY, Mireille (dir.), *Procesos penales de Europa (Alemania, Inglaterra y País de Gales, Bélgica, Francia e Italia)*, trad. de Pablo Morenilla, Zaragoza: Edijus, 2000.
- DÍAZ GUDE, Alejandra. "La Mediación Penal y los Acuerdos Reparatorios: Potencialidades de Aplicación y Principios Involucrados". Ponencia sobre Justicia Restaurativa (mediación penal) III Encuentro de Resolución Pacífica de Conflictos, CEJA – JSCA, p. 9.
- FAÚNDEZ LEDESMA, Héctor. *El sistema interamericano de protección de los derechos humanos. Aspectos institucionales y procesales*. San José: IIDH, 1999.
- FATTAH, Ezzat A. "Victims' rights: Past, present and future. A global view". En: Robert Cario y Denis Salas (Eds.). *Œuvre de Justice et Victimes*. Vol 1. Paris: L'Harmattan Sciences Criminelles, 2001.
- GARCÍA-PABLOS, Antonio. *La resocialización de la víctima: víctima, sistema legal y política criminal*. Libro Homenaje al Profesor Antonio Beristain. Donostia San Sebastián, 1989.
- *Tratado de Criminología*. Valencia: Tirant lo Banch. 1999.
- GARCÍA RAMÍREZ, Sergio. "Las reparaciones en el sistema interamericano de protección de los derechos humanos". *La jurisdicción internacional. Derechos Humanos y la justicia penal*. México: Porrúa, 2003.
- Las reparaciones en el sistema interamericano de protección a los derechos humanos. En Memoria del Seminario. El sistema interamericano de protección de los derechos humanos en el umbral del siglo XXI. Tomo I, 2ª Ed. Costa Rica Noviembre de 1999.
- HERMAN, Judith L. "The mental health of crime victims: Impact of legal intervention". *Journal of Traumatic Stress*, 16(2): 159-166.
- HIGHTON, E. et al., *Resolución alternativa de disputas y Sistema Penal*. Buenos Aires. Ad Hoc, 1990.

- INTERNATIONAL LAW COMMISSION. Draft Articles on State Responsibility. Report of the International Law Commission on the work of its forty-eight session (1996). UN doc. A/51/10.
- JAKOBS, Günther. “Derecho penal del ciudadano y Derecho penal del enemigo”. En: JAKOBS, Günther y CANCIO MELIÁ, Manuel. *Derecho penal enemigo*. Madrid: Thomson – Civitas, 2003, pp. 73 y ss.
- LARRAURI, E., “Tendencias actuales de la Justicia Restauradora”, en: PÉREZ ÁLVAREZ, Fernando (Ed.). *In Memoriam Alexandri Baratta*. Salamanca: Ed. Universidad de Salamanca, 2004.
- LIND, E. Allan y Kees Van den Bos. “When fairness works: toward a general theory of uncertainty management”. *Research in Organizational behavior*. 24: 181-223.
- MAGUIRE, Michael. “The needs and rights of victims of crime”. En: Michael Tonry (Ed.). *Crime and Justice: A Review of the Research*. Chicago: University of Chicago Press, 1991.
- MAIER, Julio. AMBOS, Kai y WOISCHNIK, Jan. *Las reformas procesales penales en América Latina*. Buenos Aires: Konrad Adenauer – Ad Hoc – Instituto Max Plack para Derecho Penal Extranjero e Internacional, 2001.
- MÁRQUEZ Cárdenas, Álvaro. “La víctima en el sistema de justicia restaurativa”. *Revista Derechos y valores*. Universidad de Granada, pp. 91-110.
- MARSHALL, Tony y Susan Merry. “Crime and Accountability: Victim/Offender Mediation in Practice”. Londres: HMSO, 1990.
- MIERS, David. *An International Review of Restorative Justice*. London: Home Office, 2001.
- MINISTERIO DE JUSTICIA DE CANADÁ, en “Values and Principles of Restorative Justice in Criminal matters”, Ministerio de Justicia de Canadá, 2003.
- MONROY CABRA, Marco Gerardo. *Derecho Internacional Público*. 2a. Edición, Santiago de Chile: Temis. 1986.
- MORRIS, Allison y Gabrielle Maxwell. “Implementing Restorative Justice: What works?”. En: Allison Morris y Gabrielle Maxwell (Eds.) *restorative Justice for Juveniles: Conferencing, Mediation and Circles*. Oxford: Hart Publishing, 2001.
- NASH ROJAS, Claudio. *Las reparaciones ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Jurisprudencia sobre reparaciones*. Santiago: Universidad de Chile – Centro de Derechos Humanos, [s.a.].

OFICINA DE LAS NACIONES UNIDAS CONTRA LA DROGA Y EL DELITO – UNODC. “Hacia un nuevo paradigma: miradas interdisciplinarias sobre modelos y metodologías. Justicia juvenil: retos y perspectivas a nivel internacional”. Ponencia del Foro sobre el menor infractor, Medellín, 12 de noviembre del 2004.

POLAINO-ORTS, Miguel. *Derecho penal enemigo. Desmitificación de un concepto*. Lima: GRIJLEY, 2006.

PORTILLA CONTRERAS, Guillermo. “El Derecho penal y procesal del “enemigo”. Las viejas y nuevas políticas de seguridad frente a los peligros internos-externos”. En: LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, Jacobo y ZUGALDÍA ESPINAR, José Miguel (Coordinadores). *Dogmática y Ley penal. Libro homenaje a Enrique Bacigalupo*. Tomo I. Madrid-Barcelona: Instituto Universitario de Investigación Ortega y Gasset – Marcial Pons, 2004, pp. 693 y ss.

RAMÍREZ, Rodrigo. La victimología. Ed. Temis, Bogotá, 1983, pág. 34, Gimeno Sendra, Vicente y otros. Derecho Procesal. Proceso Penal. Tirant lo Banch, Valencia, 1993.

REEVES, Helen. “The victim support perspective”. En: Martin Wright y Burt Galaway (Eds.) *Mediation and Criminal Justice: Victims, Offenders and Community*. Londres: Sage Publications, 1989.

ROACH, Kent. *Due process and Victims' Rights: The New Law and Politics of Criminal Justice*, Toronto: University of Toronto Press, 1999.

RODRÍGUEZ Manzanera, Luis. *Victimología. Estudio de la víctima*. México D.F.: Porrúa, 1989.

----- *Criminología*. México: Ed. Porrúa, 1982.

SAMPEDRO, Julio Andrés. *La humanización del proceso penal*. Bogotá: Legis, 2002.

----- “¿Quiénes son las víctimas del delito? Redefinición del concepto desde la Victimología”. *Derecho penal y Criminología. Revista del Instituto de Ciencias Penales y Criminológicas*. Universidad Externado de Colombia – Bogotá. Vol. XXI, N° 67, setiembre/diciembre 1999.

SCHEFF, Thomas. “Community conferences: Shame and Anger in therapeutic jurisprudence”. *Revista Jurídica Universidad de Puerto Rico*. N° 67: 97-119.

SILVA SÁNCHEZ, Jesús María. *La expansión del Derecho penal. Aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales*. Madrid: Civitas, 2001, pp. 163 y ss.

SOLARI BRUMANA, Juan. *Reparación del daño del particular damnificado*. Buenos Aires: Depalma 1862.

- SUANZES PÉREZ, Fernando. “La justicia restaurativa: normativa actual en el ámbito de la jurisdicción de menores”. *Estudios jurídicos del Ministerio Fiscal*, pp. 3313-3332.
- STRANG, Heather. “Repair or revenge: Victims and Restorative Justice”. Oxford: Clarendon Press, 2002.
- TALAVERA ELGUERA, Pablo. La experiencia judicial en el procesamiento de las violaciones de derechos humanos. En: MACEDO, Francisco (Coordinador) *Los caminos de la Justicia Penal y Derechos Humanos*. Lima: PUCP, 2007.
- TUMARIT SUMALLA, Joseph. “La mediación reparatoria en la ley de responsabilidad penal del menor”. En: GONZÁLEZ CUSSAC et al. (Coords) *Justicia penal de menores y jóvenes*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2002.
- TREVIÑO Vives, Carlos. “Reparaciones alternativas para el caso mexicano: hacia la socialización de las sentencias de La Corte Interamericana de Derechos Humanos”. *Centro de Derechos Humanos de Nuremberg*.
- UMBREIT, Mark. *Victim Meets Offender: The Impact of Restorative Justice and Mediation*. Monsey, NY: Criminal justice Press, 1994.
- VAN BOVEN, Theo, “Reparations: a requirement of justice”, En Memoria del Seminario: El sistema interamericano de protección de los derechos humanos en el umbral del siglo XXI. Tomo I, 2ª Edición, Costa Rica, noviembre de 1999.
- VAN NESS, D. Et al., “Introducing Restorative Justice”. En: Morris – Maxwell (ed), *Restorative Justice for Juveniles. Conferencing, Mediation and Circles*. Oxford: Hart Publishing, 2001.
- “Perspectives of Achieving Satisfying Justice: Values and Principles of Restorative Justice”. *ICCA Journal of Community Corrections*, N° 8, 1997.
- <<http://www.restorativejustice.org/rj3/Feature/August02/ECOSOC%20Acts.htm>>
- VARONA MARTÍNEZ, Gema. *La mediación reparatoria como estrategia de control social. Una perspectiva criminológica*. Granada: Comares, 1998.
- VIANO, Emilio. “Victims, offenders and the criminal justice system: Is restitution an answer?” En: Burt Galaway y John Hudson (Eds.) *Offender Restitution in Theory and Action*. Lexington, MA: Lexington Books, 1978.

WEMMERS, Jo-Anne. "Victims in the Dutch criminal justice system: The effects of treatment on victims' attitudes and compliance". *International Review of Victimology*. 3: 323-341.

----- y Katie Cyr. "What fairness means to crime victims: a social psychological perspective on victim-offender mediation" [Documento en línea]<http://www.gencat.net/justicia/doc/doc_26669004_1.pdf>

----- y CYR, Katie. "Can Mediation Be Therapeutic for Crime Victims? An Evaluation of Victims' Experience in Mediation with young offenders", *Canadian Journal of Criminology and Criminal Justice*, N° 47, 3, julio 2005, pp. 527-544.

----- y CYR, Katie. "What fairness means to crime victims: a social psychological perspective on victim-offender mediation", *Applied Psychology in Criminal Justice*, 2(2), 2006, pp. 102-128.

WEXLER, David y Bruce Winnick. *Law in a Therapeutic Key: Developments in Therapeutic Jurisprudence*. Durham, NC: Carolina Academic Press, 1996.

YACOBUCCI, Guillermo, "Política criminal y delincuencia organizada". En: ID (Coordinador). *El crimen organizado. Desafíos y perspectivas en el marco de la globalización*. Buenos Aires: Ábaco, 2005.

ZEHR, Howard. *The little book of Restorative Justice*. Intercourse. PA: Good Books, 2002.

-----*Changing lenses: a new focus for crime and Justice*. Scottsdale: PA Herald Press, 1990.

ZÚÑIGA, Laura. *Política criminal*. Madrid: COLEX, 2001, p. 271.

JURISPRUDENCIA DE LA CORTE INTERNACIONAL DE JUSTICIA,

Caso Estrecho de Corfú, sentencia de 9 de abril de 1949.

JURISPRUDENCIA DE LA CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS

Caso Velásquez Rodríguez, sentencia de 29 de julio de 1988.

Caso Godínez Cruz, sentencia de 20 de enero de 1989.

Caso Garrido y Baigorria, Reparaciones (Art. 63.1 Convención Americana sobre Derechos Humanos), sentencia de 27 de agosto de 1998.

Caso Cantoral Benavides, Excepciones Preliminares, Sentencia de 3 de septiembre de 1998.

Caso Castillo Petruzzi y otros, Sentencia de 30 de mayo de 1999.

Caso Bámaca Velásquez, Sentencia de 25 de noviembre de 2000.

Caso Barrios Altos, Sentencia de 14 de marzo de 2001.

Caso Barrios Altos, Interpretación de la Sentencia de Fondo. (Art. 67 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos), Sentencia de 3 de septiembre de 2001.

JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

Caso Villegas Namuche, Exp. 2488-2002-HC/TC, Sentencia de 18 de marzo de 2004.

Caso Peter Cruz Chávez, Exp. N° 2529-2003-HC/TC, Sentencia de fecha 2 de julio de 2004.

Caso José Domínguez Berrospi, Exp. N° 1441-2004-HC/TC, Sentencia de 22 de julio de 2004.

Caso Vera Navarrete, Expediente N° 2798-04-HC/TC, Sentencia de 9 de diciembre de 2004.

Enlaces Web

Centres for Victim Assistance (CAVAC) Quebec, Canada
<www.cavac.qc.ca/english/index.html>